



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

ROBERTO CASO

ABUSO DI POTERE CONTRATTUALE E SUBFORNITURA INDUSTRIALE

Modelli economici e regole giuridiche

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

2012

ROBERTO CASO

**ABUSO DI POTERE
CONTRATTUALE
E SUBFORNITURA
INDUSTRIALE**

Modelli economici e regole giuridiche

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO
2012

La prima edizione di questo libro è stata stampata in Italia: Artimedia,
Trento
© Copyright 2000 by Artimedia

Questa nuova edizione inalterata - Editore Università degli Studi di
Trento, © Copyright 2012 by Roberto Caso - del libro “Roberto Caso:
Abuso di potere contrattuale e subfornitura industriale. Modelli
economici e regole giuridiche” è pubblicata con licenza Creative
Commons Attribuzione-NonCommerciale 3.0 Italy
(<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/3.0/it/legalcode>).

ISBN: 978-88-8443-433-3

INDICE

Introduzione.....	4
--------------------------	----------

CAPITOLO I

RELAZIONI DI SUBFORNITURA INDUSTRIALE ED ABUSI DI POTERE CONTRATTUALE: MODELLI ECONOMICI E SCELTE ISTITUZIONALI.....	6
---	----------

1. La dinamica di integrazione e disintegrazione verticale nell'industria e le relazioni di subfornitura: modelli analitici di riferimento	6
---	----------

1.1 <i>La dinamica di integrazione e disintegrazione verticale nell'industria</i>	6
1.2 <i>La natura dell'impresa nel modello concettuale di Ronald Coase.....</i>	11
1.3 <i>Le relazioni tra imprese dei mercati intermedi nell'economia dei costi di transazione.....</i>	17
1.4 <i>La disparità di potere contrattuale tra imprese nella logica dei costi di transazione.....</i>	36

2. Uno sguardo ravvicinato alle relazioni contrattuali di subfornitura industriale.....	42
--	-----------

2.1 <i>La definizione di subfornitura industriale.....</i>	43
2.2 <i>La dinamica delle relazioni di subfornitura industriale con (particolare) riguardo alla disparità di potere contrattuale.....</i>	51
2.3 <i>I contratti di subfornitura industriale</i>	59

3. Alternative istituzionali e relazioni contrattuali di subfornitura: il difficile rapporto tra legal process e logica economica	66
--	-----------

3.1 <i>L'ondivago contesto istituzionale delle relazioni di subfornitura industriale</i>	66
3.2 <i>L'idea dell'intervento giuridico sull'abuso di potere contrattuale nelle relazioni di subfornitura industriale</i>	77
3.3 <i>Recenti interventi normativi sugli abusi di potere contrattuale nelle relazioni tra imprese: Francia, Unione Europea, Regno Unito e Italia</i>	80

CAPITOLO II

L'ABUSO DI POTERE CONTRATTUALE NELLE RELAZIONI DI SUBFORNITURA INDUSTRIALE TRA DISCIPLINA SETTORIALE E REGOLE A COMPASSO ALLARGATO 84

1. Francia: sous-traitance e dépendance économique 84

- 1.1 *La sous-traitance industrielle e la sous-traitance de marché* 84
- 1.2 *Le regole deontologiche nel campo della sous-traitance industrielle* . 91
- 1.3 *La sous-traitance industrielle nella teoria dei contrats de dépendance* 94
- 1.4 *La nascita dell'abus de dépendance économique* 97

2. Unione europea: subfornitura industriale e termini di pagamento nelle transazioni commerciali..... 106

- 2.1 *Le azioni comunitarie nel campo delle relazioni di subfornitura industriale*..... 106
- 2.2 *Le definizioni comunitarie di subfornitura industriale* 113
- 2.3 *Le politiche comunitarie in materia di termini di pagamento nelle transazioni commerciali* 118

3. Italia: la legge sui contratti di subfornitura nelle attività produttive (e sull'abuso di dipendenza economica)..... 123

- 3.1 *Il dibattito 'sommerso' sul contesto istituzionale italiano delle relazioni di subfornitura industriale*..... 123
- 3.2 *Il controllo della disparità di potere contrattuale nelle relazioni di subfornitura industriale alla luce dell'analisi economica del diritto*..... 127
- 3.3 *Il tormentato iter legislativo della legge 18 giugno 1998 n. 192 sulla disciplina della subfornitura nelle attività produttive (e sull'abuso di dipendenza economica)* 130
- 3.4 *Le norme della legge n. 192 del 1998 sul controllo della disparità di potere contrattuale* 135
- 3.4 *La legge n. 192 del 1998 tra intervento settoriale e disciplina a compasso allargato dell'abuso di potere contrattuale tra imprese* 143

CAPITOLO III

L'ABUSO DI DIPENDENZA ECONOMICA TRA ANTITRUST E DIRITTO PRIVATO: IL CONTRIBUTO DELL'ANALISI DELLE RELAZIONI DI SUBFORNITURA INDUSTRIALE 151

1. La categoria della dépendance économique nell'esperienza applicativa francese..... 151

1.1 <i>La limitata applicazione dell'abus de dépendance économique come pratica anticoncorrenziale</i>	151
1.2 <i>Le pratiques restrictives dell'art. 36 dell'ordonnance n. 1243-86 e l'applicazione di diritto comune della dépendance économique.....</i>	164
 2. L'abuso di dipendenza economica nel diritto privato italiano e l'analisi delle relazioni di subfornitura industriale	169
2.1 <i>L'abuso di dipendenza economica nel diritto privato italiano</i>	169
2.2 <i>La dipendenza economica come presupposto del divieto d'abuso</i>	176

INTRODUZIONE

La disparità di potere contrattuale è caratteristica comune dei rapporti tra operatori economici. Questa affermazione si rispecchia in un'altra: il potere di mercato è pervasivo.

L'ambiguità del termine «potere» non deve però trarre in inganno. La prima affermazione, nell'ambito di un discorso attinente al diritto privato, evoca la natura fisiologica del ruvido confronto negoziale, riflettendo la diffusa diffidenza della dottrina giuridica verso la presunta devianza del fenomeno della "debolezza contrattuale". La seconda, invece, in qualsiasi discorso di politica del diritto, si colora del tono preoccupato che l'implicito riferimento al «monopolio» reca ineluttabilmente con sé e, ove riferita alle regole antitrust, suona come trasgressiva rispetto alle teorie ricevute sul potere di mercato, le quali adoperano non poche

cautele, e si confrontano con svariate difficoltà, per individuare una posizione monopolistica.

Eppure, negli ultimi cinque lustri l'analisi economica sembra sia riuscita a dare fondamento alla seconda affermazione ed alle preoccupazioni che essa condensa, dimostrando, tra l'altro, che i confini tra di potere di mercato e potere contrattuale non sono così nitidi come vorrebbero le partizioni ed i ragionamenti giuridici. In particolare, l'economia dei costi di transazione ha dedicato molte energie all'analisi teorica ed empirica di quelle relazioni che richiedono, almeno ad una delle due parti, cospicui investimenti in attività specializzate, i quali perdono tutto o buona parte del loro valore nel caso la relazione si interrompa. L'archetipo è rappresentato dalle relazioni tra imprese dedite alla fabbricazione di prodotti intermedi, che, scontando non poche ambiguità del linguaggio teorico e della prassi, si possono qualificare di "subfornitura industriale". In quest'ambito, l'impresa, che abbia sopportato in misura maggiore investimenti specifici, è esposta, sotto minaccia di interruzione del rapporto, al ricatto (*hold up*) della controparte. La moderna analisi economica dei contratti offre una base teorica all'assunto che le parti non siano in grado, nell'ambito di relazioni lunghe e complesse, di scongiurare il rischio estorsivo.

Il problema dell'incastro (*lock in*) da investimenti specifici costituisce uno dei cardini della categoria della dipendenza economica, la quale pare rappresentare l'unico solido fondamento

dell'altrimenti labile concetto di disparità di potere contrattuale. Di primo acchito, può destare sorpresa il fatto che l'analisi economica sia capace di accomunare, nelle situazioni di dipendenza, imprese e lavoratori, ma questo inquadramento, pur connotato da un notevole grado di astrazione, poggia le fondamenta su un'idea da premio Nobel per l'economia, ovvero sulle pagine del 1937 con le quali Ronald Coase rivoluzionò la teoria dell'impresa.

La dipendenza economica non reclama di per sé un intervento giuridico, né tanto meno una regolamentazione di taglio legislativo, ma la condotte estorsive sì. L'economia dei costi di transazione dimostra che questa tipologia di comportamenti - la quale, in mancanza di meglio, può essere indicata con la formula giureconomica dell'«abuso di potere contrattuale» - non determina solo uno spostamento redistributivo di ricchezza, ma anche una perdita di benessere sociale, lanciando segnali poco rassicuranti a chi vorrebbe entrare sul mercato ed investire per sfruttarne al meglio le opportunità.

Si delinea così un criterio economicistico di massima per interventi giuridici di "controllo" dell'abuso di potere contrattuale tra imprese, fondati sul presupposto che la parte legittimata a chiedere tutela versi effettivamente in uno stato di dipendenza economica. Ma il pericolo dell'*overprotection* è dietro l'angolo: un legislatore mosso solo dai gruppi di pressione può concedere regole che si spingono a radicare in capo ad alcune tipologie di imprese

rendite di posizione, sortendo l'effetto inverso a quello (auspicabile) di fluidificazione del mercato.

In ogni caso, è chiaro che la produzione e l'interpretazione di regole sull'abuso di potere contrattuale tra imprese vedono confrontarsi (e scontrarsi) visioni contrapposte della politica economica e giuridica.

L'argomento non ha vocazione solo teorica. La deriva interventista ha recentemente conosciuto un'accelerazione in ambito europeo. Sospinte dall'azione di gruppi di pressione, che guardavano soprattutto alle piccole e medie imprese della subfornitura industriale, le istanze di tutela hanno trovato accoglienza, con divergenze e convergenze, sia presso gli organi dell'Unione europea, sia presso alcuni paesi membri.

Si tratta, per lo più, di leggi o progetti di legge - a livello comunitario l'iter legislativo non è ancora concluso - ad ampio raggio, capaci di incidere su varie tipologie di relazioni tra imprese, ma non manca l'esempio di un intervento (almeno apparentemente) settoriale, cioè dedicato specificatamente alle relazioni di subfornitura.

Il riferimento è, in ordine storico, all'apparato antimonopolistico francese dell'*ordonnance* n. 86-1243 con le norme dell'*abus de dépendance économique* e del divieto di altre pratiche lesive della "lealtà commerciale", alla proposta di direttiva europea sui termini di pagamento nelle transazioni commerciali, al *Late Payment Commercial Debts (Interest) Act* dell'11 giugno 1998 (che

introduce nell'ordinamento britannico una più stringente disciplina dei crediti commerciali), nonché alla legge italiana 18 giugno 1998 n. 192, sulla subfornitura nelle attività produttive [e sull'abuso di dipendenza economica nelle relazioni contrattuali tra imprese].

Le nuove forme di intervento normativo implicano vari e complessi livelli di scelte istituzionali.

Alla materia di tali scelte istituzionali volge lo sguardo questa trattazione, esaminando, con particolare attenzione verso le ricadute nel campo della subfornitura industriale, l'apparato antimonopolistico francese, la proposta di direttiva comunitaria sui termini di pagamento nelle transazioni commerciali e la legge italiana del 1998.

Si prenderanno le mosse, nel primo capitolo, dalla ricostruzione dell'analisi economica del potere contrattuale e delle relazioni di subfornitura industriale.

Nel secondo capitolo si esaminerà, con riferimento all'esperienza francese, comunitaria ed italiana, la scelta istituzionale tra regole settoriali e norme a compasso allargato.

Nel terzo capitolo si discuteranno, con riferimento alla Francia ed all'Italia, le scelte relative al settore dell'ordinamento (diritto antitrust e diritto privato) ed alla conformazione delle regole di dettaglio.

CAPITOLO I
RELAZIONI DI SUBFORNITURA INDUSTRIALE ED ABUSI DI POTERE
CONTRATTUALE: MODELLI ECONOMICI E SCELTE ISTITUZIONALI

**1. La dinamica di integrazione e disintegrazione verticale
nell'industria e le relazioni di subfornitura: modelli analitici di
riferimento**

*1.1 La dinamica di integrazione e disintegrazione verticale
nell'industria*

All'economista l'uso del termine 'subfornitura' evoca l'alternativa tra integrazione (*i.e.*, la produzione all'interno di un'unica impresa) e disintegrazione verticale (*i.e.*, produzione e scambio tra più imprese) nell'industria.

Il grado di integrazione (o di disintegrazione) è variabile. L'idea della verticalità riflette una configurazione del principio smithiano di divisione del lavoro secondo un ciclo produttivo scomposto in vari stadi (o fasi) che iniziano a monte e finiscono a valle¹. Un'impresa completamente integrata è quella che svolge tutte le fasi del ciclo di produzione all'interno dei propri confini. Più fasi del ciclo vengono affidate all'esterno, più il grado di integrazione diminuisce (o, se si preferisce, quello di disintegrazione aumenta). Le relazioni contrattuali che servono all'affidamento esterno delle fasi di produzione manifatturiera vengono comunemente dette di "fornitura" o "subfornitura".

Per rendere l'idea, è utile riportare il classico ed impressivo esempio della produzione di automobili.

“La produzione inizia a monte – ad esempio con l'estrazione di minerali grezzi che dovranno essere trattati per dare luogo alle materie prime che saranno utilizzate per produrre il bene in questione. Tramite l'impiego di lavoro [...] e di macchinari di vario genere, l'impresa [finale] e i suoi fornitori trasformano tali materie prime, attraverso una serie di passaggi successivi, in singole componenti o sistemi, ed infine questi ultimi vengono assemblati e

¹ Nella letteratura sull'impresa si distingue comunemente tra integrazione (e disintegrazione) verticale e orizzontale. Si ha integrazione verticale quando la produzione, prima svolta da più imprese specializzate nelle varie fasi del ciclo produttivo e coordinate tramite relazioni contrattuali, viene poi organizzata da un'unica impresa. Si ha, invece, integrazione orizzontale quando più beni differenti, prima prodotti e venduti ai consumatori da più imprese, sono poi prodotti e venduti da una sola impresa (cfr. MILGROM P. e ROBERTS J.,

si ha il prodotto finale. L'ultimo passo consiste nella distribuzione del bene agli acquirenti. Ad esempio, per produrre un'automobile vengono utilizzati – fra gli altri materiali - acciaio, alluminio, gomma, plastica, gommapiuma e questi danno luogo a singole componenti quali il telaio, le leve, le molle, le imbottiture, le fodere per i sedili, ed ancora i cruscotti, le intelaiature e così via. Infine tali componenti vengono a loro volta assemblate e il prodotto ottenuto viene distribuito a valle all'acquirente”².

L'evoluzione storica dell'industria occidentale negli ultimi due secoli indica un movimento pendolare della dinamica di integrazione-disintegrazione³. In una retrospettiva assai stilizzata, la prima spinta forte all'integrazione è innescata dalla rivoluzione industriale che determina il passaggio da una produzione artigianale diffusa ad una produzione concentrata nelle prime fabbriche⁴. Ma il vero salto di qualità dimensionale con le maggiori spinte alla verticalizzazione si ha a partire dalla metà del XIX secolo con la c.d. 'seconda rivoluzione industriale', che conduce

Economics, Organization and Management, 1992, trad. it. *Economia organizzazione e management*, Bologna, 1994, 822).

² Così MILGROM P. e ROBERTS J., *Economia organizzazione e management*, cit., 797.

³ Per una sintetica ma efficace ricostruzione storica della dinamica di integrazione-disintegrazione v. AMATORI F., *Forme di impresa in prospettiva storica*, in AA.VV., *Imprese e mercati*, ZAMAGNI S. cur., Torino, 1991, 124 ss.; v. anche MILGROM P. e ROBERTS J., *Economia organizzazione e management*, cit., 778 ss., ivi i fondamentali riferimenti bibliografici.

⁴ Nella storia ci sono esempi di alte concentrazioni di lavoratori nello stesso luogo prima della rivoluzione industriale, ma tali concentrazioni non rappresentavano né fabbriche, né aziende (v. LEIJONHUFVUD A., *Capitalismo e*

alla nascita delle prime imprese manifatturiere di grandi o grandissime dimensioni⁵. Ciò dà avvio alla fase storica della

sistemi di fabbrica, in AA.VV. *Le ragioni delle organizzazioni economiche*, EGIDIM. e TURVANI M. curr., Torino, 1994, 193, 196-197).

⁵ Sul piano tecnologico, il salto di qualità dimensionale è reso possibile, in primo luogo, da tre fondamentali innovazioni: la nave a vapore, la ferrovia ed il telegrafo. Le prime due sviluppano e velocizzano gli scambi transoceanici e continentali, il secondo consente, per la prima volta, la trasmissione quasi istantanea di informazioni tra luoghi assai distanti. A queste innovazioni se ne affiancano altre (come elettricità e petrolio) che propiziano la nascita o il perfezionamento di vari processi meccanici, elettrici e chimici. Proprio questo complesso di innovazioni mette capo a quella che è stata definita 'seconda rivoluzione industriale', la quale è caratterizzata, rispetto alla fase precedente, da una produzione con maggiore impiego di energia e più alti volumi e velocità. Durante questa seconda rivoluzione, i settori industriali ad alta intensità di capitale, avvantaggiati dall'applicazione del descritto complesso di innovazioni (come quello siderurgico, chimico e meccanico), possono ottenere una riduzione maggiore dei costi unitari al crescere del volume di prodotto (economie di scala) rispetto ad altri settori ad alta intensità di lavoro e con tecnologie più semplici (come quello tessile, del legno e del cuoio). Sul piano organizzativo, si assiste nello stesso torno di anni a cambiamenti altrettanto rivoluzionari. Il sistema dei prezzi, molto efficace per coordinare il commercio di beni omogenei, mostra i suoi limiti nel coordinare attività che sfruttano economie di scala. I titolari di imprese, sempre più diversificate e complesse, sono costretti a creare una gerarchia manageriale in grado di dirigere le varie attività che si svolgono all'interno delle imprese stesse. Ciò induce, a sua volta, la creazione di sistemi di raccolta e trasmissione delle informazioni per il controllo delle attività. Contemporaneamente si sviluppano nuovi sistemi finanziari adatti alle nuove grandi dimensioni. Il pieno sfruttamento delle economie di scala, da un lato, porta la grande impresa a preferire ai rapporti contrattuali con (sub)fornitori e distributori l'integrazione verticale sia nella funzione di produzione (a monte) che in quella di marketing (a valle), dall'altro, ad aumentare ulteriormente le proprie dimensioni in vista dell'apertura ai mercati internazionali dove fronteggiare altre imprese di taglia simile. Lo sviluppo industriale e le soluzioni organizzative seguono percorsi parzialmente differenti negli Stati Uniti e nei paesi-pilota dell'Europa occidentale, ma quel che interessa rilevare è che la crescita dimensionale giunge a maturazione nei primi anni del ventesimo secolo. Al centro di questa evoluzione rimangono le imprese manifatturiere bene simboleggiate dall'industria automobilistica. I principî sviluppati da Frederick W. Taylor vengono applicati alla costruzione delle catene di montaggio di Henry Ford e diventano il simbolo della produzione di massa ovvero del c.d. taylorismo-fordismo. Proprio la Ford porta all'estremo la strategia

produzione di massa. Lo scenario muta dopo circa un secolo. In particolare, a partire dagli anni '70 aumentano le spinte alla disintegrazione. Al paradigma della produzione di massa si sostituisce gradualmente (e parzialmente) quello della produzione flessibile⁶.

L'oscillazione tra integrazione e disintegrazione è determinata dall'interazione tra tecnologia, soluzioni organizzative⁷, risposte istituzionali, e contesto economico di fondo⁸.

dell'integrazione verticale negli anni che precedono il secondo conflitto mondiale. La fase di produzione di massa, dominata dalla logica della verticalizzazione, dura in Occidente fino agli anni '50 e '60. Ciò, ovviamente, non significa che la grande impresa svolga tutto e sempre al proprio interno, in quanto un elevato grado di verticalizzazione può convivere con una quota variabile di acquisti di beni o servizi, ma la scelta tra *make or buy* pesa ancora decisamente a favore della prima opzione.

⁶ E' a partire dagli anni '70 che il mondo occidentale guarda con crescente attenzione ai sistemi giapponesi di produzione che presentano un'organizzazione già in linea con le nuove sfide competitive, capace di performance eccezionali. Il paradigma della produzione di massa entra in sofferenza ed emerge quello della produzione flessibile, col quale si trovano in sintonia anche i distretti industriali italiani, che si guadagnano la fama di autentico motore dell'imprenditorialità tricolore e diventano un modello oggetto di attenzione internazionale (cfr. PIORE M. J. e SABEL C. F., *The second industrial divide: possibilities for prosperity*, New York, 1984). Ma è, soprattutto, l'industria automobilistica giapponese a diventare il simbolo delle nuove soluzioni organizzative sintetizzate anche nell'espressione '*lean production*' (v. WOMACK J. P., JONES D. T. e ROOS D., *The machine that changed the world*, New York, 1990). Non a caso si è parlato in proposito di toyotismo in contrapposizione a fordismo.

Gli anni '90 sono caratterizzati da nuove turbolenze che mettono a nudo alcune debolezze dei modelli di produzione basati sull'interazione delle piccole e medie imprese. Nonostante queste debolezze ed il rilancio della grande impresa, nel complesso, il paradigma della produzione flessibile sembra tenere ed anzi essere rinsaldato dall'emersione dei modelli reticolari di imprese che spesso vedono una virtuosa sinergia tra grandi e piccole imprese. In argomento v. BARTEZZAGHI E., *L'evoluzione dei modelli di produzione: sta emergendo un nuovo paradigma?*, *Economia e politica industriale*, 1998, 127.

⁷ Ovviamente, la natura mutevole della struttura dell'impresa e le connesse soluzioni organizzative non si riducono alla dinamica di integrazione e

Ad un livello più ravvicinato il quadro è assai più complesso. Il grado e le modalità di integrazione e disintegrazione cambiano a seconda del paese e del comparto industriale di riferimento. Inoltre, si assiste ad oscillazioni anche in un orizzonte temporale ristretto.

Dal punto di vista della singola impresa, poi, non esistono soluzioni ottimali per ogni situazione. L'impresa è portata, piuttosto, ad effettuare una comparazione tra costi e benefici di integrazione e disintegrazione, ovvero a minimizzare i costi associati a ciascun tipo di organizzazione.

1.2 La natura dell'impresa nel modello concettuale di Ronald Coase

Al premio Nobel per l'economia Ronald Coase si deve un modello concettuale che individua nella comparazione tra costi dell'organizzazione interna e costi del mercato il criterio (più importante) che guida le imprese nello scegliere il proprio grado di integrazione, ovvero tra quanto produrre in proprio e quanto acquistare da altre imprese esterne. Invero, il modello non si limita a spiegare tale criterio, ma intende fornire le ragioni dell'esistenza

disintegrazione verticale o orizzontale. Ad esempio, l'evoluzione economica ha spinto ad individuare varie successive forme (*e.g.*, multidivisionale, conglomerata) d'impresa.

⁸ Ne sono dimostrazione i periodi di crisi, ai quali si accenna nel testo, dai quali sono stati attraversati gli anni '70.

delle imprese e della variabile dimensionale delle stesse, e cioè una teoria dell'impresa. Il modello è racchiuso in un articolo del 1937 di poche pagine⁹, nelle quali il ragionamento è svolto discorsivamente senza mai fare riferimento ad una formalizzazione matematica¹⁰. Conviene soffermarsi su questo articolo, nonostante la lontananza della sua data.

Coase vede la produzione come un problema di coordinamento dei fattori produttivi: “al di fuori dell'impresa, il movimento dei prezzi dirige l'attività produttiva, che è coordinata attraverso una serie di transazioni sul mercato. Dentro un'impresa queste transazioni vengono eliminate e alla complicata struttura delle transazioni sul mercato viene sostituito l'imprenditore-coordinatore che dirige l'attività produttiva. E' chiaro che questi sono metodi alternativi di coordinamento dell'attività produttiva. Tuttavia, ponendo attenzione al fatto che, se l'attività produttiva è regolata dal meccanismo dei prezzi essa potrebbe essere realizzata senza alcuna organizzazione, ci si chiede perché esiste una qualche forma di organizzazione”¹¹.

⁹ COASE R. H., *The Nature of the Firm*, 4 *Economica* (n.s.) 386 (1937), trad. it. *La natura dell'impresa*, in COASE R. H., *Impresa mercato e diritto*, Bologna, 1995, 73 ss.

¹⁰ “Certamente non è possibile separare il contributo di Coase dal suo linguaggio e dal suo metodo di analisi. Ultimo dei grandi economisti usi a trasmettere le proprie idee attraverso il dominio di un testo letterario, Coase ha magistralmente dimostrato come l'approccio economico trovi il suo vantaggio comparato non tanto nell'elaborazione formale, quanto nella capacità di pervenire a intuizioni in grado di modificare, per la loro profondità e al contempo con la loro semplicità, abiti mentali radicati” (così GRILLO M., *Introduzione a Impresa mercato e diritto*, cit., 10)

¹¹ COASE R. H., *La natura dell'impresa*, cit., 75 ss.

L'ulteriore fondamentale passaggio logico è il seguente: “la ragione principale per cui è vantaggioso costruire un'impresa sembrerebbe essere che esiste un costo d'uso del meccanismo dei prezzi. Il costo più ovvio per organizzare la produzione attraverso il meccanismo dei prezzi è quello di scoprire quali sono i prezzi rilevanti. Questo può essere ridotto, ma non verrà eliminato dall'emergere di specialisti che vendano queste informazioni. Deve inoltre essere preso in considerazione il costo di negoziare e concludere un contratto separato per ogni scambio sul mercato. [...] E' vero che i contratti non sono eliminati quando si ha una impresa, ma essi sono notevolmente ridotti”¹². La caratteristica del contratto sottoscritto dal proprietario di un fattore impiegato all'interno dell'impresa è che, con tale contratto, il proprietario del fattore, in cambio di una certa remunerazione, accetta di obbedire agli ordini di un imprenditore entro certi limiti. “La sostanza del contratto è che esso stabilisce solamente i limiti dell'autorità dell'imprenditore. All'interno di questi limiti, egli può quindi dirigere gli altri fattori di produzione”¹³.

Lo schema concettuale viene completato in altri tre passaggi. Il primo discute dell'importanza della natura (interna o esterna) dei contratti. Infatti, uno degli altri svantaggi (o costi) del meccanismo

¹² COASE R. H., *La natura dell'impresa*, cit., 78-79. Questo passo può essere considerato l'atto di nascita del concetto dei costi di transazione. Il concetto è poi ripreso nell'altro fondamentale saggio di Coase (*The Problem of Social Cost*, *J. Law & Econ.*, 1 (1960), trad. it. *Il problema del costo sociale in Impresa mercato e diritto*, cit., 199).

¹³ COASE R. H., *La natura dell'impresa*, cit., 79.

dei prezzi (*i.e.*, dei contratti esterni) è legato all'insufficienza di contratti di breve periodo rispetto a determinati scopi. Può essere, infatti, necessario stipulare contratti di lungo periodo invece che una sequenza di parecchi contratti più brevi. "Più lungo è il periodo contrattuale di fornitura della merce o del servizio, meno possibile e in verità desiderabile è per l'acquirente specificare cosa ci si aspetta dall'altra parte contrattuale. [...] Quando la destinazione delle risorse (entro certi limiti del contratto) dipende dal compratore nel modo descritto, si ottiene una relazione che io chiamo un'«impresa»". A piè di pagina si legge una nota assai importante: "Ovviamente non è possibile tracciare una linea di demarcazione che determini in tutta sicurezza se si abbia o meno un'impresa [...]"¹⁴.

Il secondo passaggio che conviene ricordare ha notevoli implicazioni giuridiche. "Un altro fattore che si dovrebbe notare è che le transazioni su un mercato e le stesse transazioni organizzate all'interno di un'impresa sono spesso trattate diversamente dal governo o da altri enti con poteri di regolamentazione"¹⁵. Coase si riferisce esemplificativamente ad una diversa tassazione delle transazioni interne ed esterne: più si tassano le transazioni esterne più aumenta il grado di integrazione e viceversa.

Il terzo ed ultimo passaggio discute i costi per organizzare le transazioni all'interno dell'impresa. Un'impresa si ingrandisce fino

¹⁴ COASE R. H., *La natura dell'impresa*, cit., 79-80.

¹⁵ COASE R. H., *La natura dell'impresa*, cit., 81.

al punto in cui i costi per organizzare un'altra transazione all'interno dell'impresa sono uguali ai costi da sostenere per concluderla sul libero mercato o ai costi di organizzazione da parte di un altro imprenditore¹⁶.

Con questo si può arrestare la sintesi dell'articolo del 1937, in quanto la successiva trattazione di Coase è dedicata in buona parte a collegare il modello con il concetto di margine ed a comparare criticamente la propria teoria dell'impresa con quelle all'epoca dominanti¹⁷.

Coase vede, quindi, la produzione come un problema di scelta tra differenti forme di coordinamento dei fattori produttivi (ed ambienti istituzionali): il meccanismo dei prezzi, cioè delle

¹⁶ COASE R. H., *La natura dell'impresa*, cit., 83.

¹⁷ E' noto che al pensiero di Coase si rifanno alcune importanti correnti dell'economia moderna tra loro collegate come la teoria dei costi di transazione, la teoria dei diritti di proprietà e l'analisi economica del diritto. Nonostante l'autorevolezza di Coase sia testimoniata dal premio Nobel per l'economia conferitogli nel 1991, le sue idee fondamentali (molte delle quali) già rintracciabili nell'articolo del 1937 sono state spesso ignorate, sottovalutate e criticate.

Coase avuto modo di rispondere alle critiche in un secondo saggio (COASE R. H., *The Nature of the Firm*, 1. *Origin*, 2. *Meaning*, 3. *Influence*, 4. *Journal of Law, Economics and Organization* (1988), trad. it. *La natura dell'impresa: l'origine, il significato, l'influenza* in *Impresa mercato e diritto*, cit., 97 ss.). Si tratta di un saggio appassionante sia per lo stile che per i contenuti. Il grande economista inglese traccia una storia degli eventi, dei metodi e delle idee che gradualmente lo portarono all'elaborazione del modello concettuale del 1937. Egli fa leva sulla corrispondenza con un collega precedente alla pubblicazione dell'articolo del 1937, dalla quale risulta che il suo percorso teorico fu agevolato dalla visita diretta a varie imprese ed in particolare dall'osservazione di alcune relazioni contrattuali di subfornitura nell'industria automobilistica nordamericana. Egli dimostra attraverso quel carteggio precedente alla pubblicazione dell'articolo del 1937, che le idee esposte nell'articolo non erano semplici intuizioni ma i cardini di una teoria rivoluzionaria.

transazioni di mercato (ben rappresentato da contratti a breve termine) e l'impresa. I contratti sono affetti dai costi d'uso del meccanismo di mercato (costi transattivi). L'impresa riduce i costi delle transazioni di mercato, grazie alla sua più rilevante caratteristica, cioè l'autorità, ma comporta costi di organizzazione. La comparazione di Coase guarda, soprattutto, alla scelta tra due antipodi, ovvero l'impresa e il mercato, ma fornisce qualche prima spiegazione sulle alternative intermedie, il cui studio sarà sviluppato solo di recente dagli autori che più direttamente si richiamano al pensiero dell'economista inglese. Nella *Natura dell'impresa* si parla, infatti, di contratti di lungo periodo. Secondo l'opinione di Coase, le parti possono preferire un contratto di lungo periodo per evitare i costi aggiuntivi della stipula di più contratti a breve termine o per soddisfare un determinato atteggiamento verso il rischio. L'incompletezza dei contratti di lungo termine deriva dall'impossibilità di specificare gli eventi e le esigenze future, ma anche dalla volontà (da parte dell'acquirente) di lasciare incompleto il contratto. Malgrado i confini sfumati tra contratto a lungo termine ed impresa, risulta ben visibile un obiettivo di fondo connesso sia all'uno che all'altra: l'ottenimento dell'autorità (ossia, il potere di decidere, se pure entro certi limiti contrattuali). In questa visione, l'ottenimento dell'autorità, e la rinuncia della controparte contrattuale a decidere, sono comunque oggetto di una transazione volontaria.

1.3 Le relazioni tra imprese dei mercati intermedi nell'economia dei costi di transazione

A partire dagli anni '70, numerosi studi riprendono e discutono il modello di Coase. Gran parte di questi studi si muove nel solco dell'economia neoistituzionale¹⁸. Naturalmente, in quasi trent'anni di evoluzione, essi si sono potuti giovare anche del dibattito con altre correnti del pensiero economico e discipline scientifiche. Ne risulta uno strumentario analitico ricco di concetti che possono apparire ostici o ambigui da una prospettiva (puramente) giuridica. Tuttavia, tale strumentario rimane indispensabile per cercare di comprendere gli effetti economici delle regole giuridiche sulle relazioni contrattuali di subfornitura. Esso, infatti, lega indissolubilmente l'analisi dei contratti alla natura imprenditoriale delle parti, mostrando come le relazioni contrattuali tra le imprese abbiano caratteri particolari.

¹⁸ L'economia neoistituzionale è una delle scuole di pensiero che si distacca dal paradigma della teoria neoclassica. Per una definizione di neoistituzionalismo, v. GRILLO M., *Introduzione*, cit., 7, secondo il quale "rispetto alla precedente tradizione [istituzionalista], il neoistituzionalismo spiega la trama delle istituzioni che governano i sistemi sociali osservabili come risultato dell'interazione tra una moltitudine di soggetti economici guidati nelle loro scelte dalla ricerca del proprio interesse, piuttosto che come l'esito di una scelta «collettiva» che si contrappone all'agire «individuale»". Una ricostruzione sintetica del complesso panorama neoistituzionalista si rinviene in TURVANI M., *Il mestiere delle istituzioni*, presentazione a WILLIAMSON O.E., *I meccanismi del governo. L'economia dei costi di transazione: concetti, strumenti, applicazioni*, Milano, 1998, 19 ss..

Il filone neoistituzionalista, che sembra più direttamente agganciato al modello di Coase, è la teoria (o economia) dei costi di transazione¹⁹. In questa sede esso rappresenta un punto di vista privilegiato poiché ha dedicato molta attenzione all'analisi dei mercati dei prodotti intermedi²⁰, cioè proprio al contesto di esplicazione delle relazioni di subfornitura.

E' proprio dalla teoria dei costi di transazione, quindi, che il ragionamento deve prendere le mosse.

Quando due imprese, collocate sul mercato dei prodotti intermedi, e più precisamente su due stadi dello stesso processo produttivo, decidono di entrare in relazione, diventano cruciali le decisioni sugli investimenti. Infatti, per realizzare pienamente i benefici di questo tipo di relazione, spesso, le imprese devono effettuare investimenti specifici.

Per investimento si intende un utilizzo di denaro o di un'altra risorsa che crea un potenziale flusso di benefici²¹. Il grado di specificità corrisponde alla percentuale di valore dell'investimento che va perduta nel caso in cui lo stesso investimento sia impiegato al di fuori della relazione contrattuale per la quale è stato effettuato²². Al massimo grado di specificità, l'interruzione della relazione trasforma gli investimenti in costi irrecuperabili (*sunk*

¹⁹ Ci si riferisce, in particolare, a Oliver Williamson e agli altri autori che si trovano più in sintonia con le sue idee.

²⁰ Per prodotti intermedi si intendono quelli differenti dai prodotti finiti.

²¹ MILGROM P. e ROBERTS J., *Economia organizzazione e management*, cit., 211.

cost). Le imprese, dal momento in cui sopportano investimenti altamente specifici (o, come si usa anche dire, idiosincratici) per una data relazione, si trovano incastrate nella stessa (c.d. effetto di *lock in*).

Gli investimenti specifici si presentano in forma diversa²³, e la loro importanza può rendersi evidente fin dall'inizio della relazione. Le imprese possono decidere di costruire in prossimità i propri impianti per risparmiare sulle scorte e sui costi di trasporto, cioè per realizzare economie di vicinanza. In questo caso, gli impianti rappresentano investimenti fissi con specificità di luogo. Inoltre, per realizzare economie di specializzazione, le imprese possono effettuare altri investimenti fissi consistenti, ad esempio, in attrezzature particolari per la produzione. L'importanza degli investimenti specifici, per di più, tende a crescere nel corso della relazione. I processi produttivi, infatti, si giovano di economie associate a fenomeni come il *learning by doing* (apprendimento in corso d'opera), o lo sviluppo di addestramento e di linguaggi

²² MILGROM P. e ROBERTS J., *Economia organizzazione e management*, cit., 212.

²³ V., per un'elencazione recente delle varie forme di investimenti specifici, WILLIAMSON O.E., *I meccanismi del governo. L'economia dei costi di transazione: concetti, strumenti, applicazioni*, Milano, 1998, cit., 116, individua sei tipi di specificità: 1) ubicativa, ovvero degli impianti localizzati in vicinanza; 2) delle risorse fisiche, come particolari attrezzature per la produzione; 3) delle risorse umane che si sviluppano grazie a fenomeni come il *learning-by-doing*; 4) delle risorse dedicate, cioè investimenti specifici effettuati in impianti polivalenti; 5) del capitale rappresentato dalla marca; 6) di tempo; ma la teoria degli investimenti idiosincratici era già fondata in WILLIAMSON O.E., *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, New York - London, 1975, 60 ss..

specializzati. Tali fenomeni altro non sono che il frutto di investimenti in capitale umano, ovvero in risorse specifiche intangibili, che aumentano al crescere della durata della relazione²⁴.

Secondo la teoria dei costi di transazione, una relazione caratterizzata da investimenti specifici è particolarmente esposta al rischio di comportamenti opportunistici²⁵. Tale rischio provoca un problema assai rilevante. Per comprenderne la natura, è bene cominciare con un esempio semplificato.

Si assuma che due imprese stipulino un contratto per la subfornitura in serie di una componente speciale. Si supponga, inoltre, che il contratto obblighi, da una parte, l'impresa subfornitrice ad effettuare investimenti specifici (ad esempio, attrezzature particolari per la produzione di questa determinata componente), e dall'altra, l'impresa committente a pagare per ogni commessa un prezzo base maggiorato di una percentuale finalizzata a consentire all'impresa subfornitrice l'ammortamento degli investimenti specifici. Dopo la stipula del contratto e l'acquisto da parte dell'impresa subfornitrice delle attrezzature particolari, l'impresa committente può mettere in atto vari tipi di comportamento opportunistico. Come prima e più banale ipotesi,

²⁴ Cfr. WILLIAMSON O.E., *Transaction Cost Economics: The Governance of Contractual Relations*, 22 *J. Law & Econ.* 233 (1979), trad. it. *Teoria dei costi di transazione: il controllo delle relazioni contrattuali*, in WILLIAMSON O.E., *L'organizzazione economica. Imprese, mercati e controllo politico*, Bologna, 1991, 135, 147 ss..

²⁵ Sul concetto di opportunismo v. WILLIAMSON O.E., *Opportunistic behaviour in contracts*, in *The New Palgrave: A Dictionary of Economics and Law*, Newman ed., New York, 1998.

essa potrebbe proporre di modificare a proprio favore i termini originari del contratto, minacciando, a fronte di un eventuale rifiuto della proposta, di recedere dallo stesso (e così di interrompere la relazione). Ma il comportamento opportunistico può anche assumere lineamenti meno aggressivi o, se si preferisce, più subdoli. L'esigenza di modificare i termini iniziali, infatti, potrebbe derivare dal cambiamento delle condizioni di tecnologia o di mercato. In questo caso, se il cambiamento svantaggiasse l'impresa subfornitrice - ad esempio, un aumento dei costi di manutenzione delle attrezzature specifiche - mettendola nella condizione di non riuscire più ad ammortizzare gli investimenti specifici prima della scadenza del contratto, sarebbe questa stessa impresa a proporre una modifica dei termini iniziali. In alternativa, essa potrebbe aspettare la scadenza del contratto e chiederne il rinnovo. Tuttavia, la controparte potrebbe rifiutare, nel primo caso, la proposta di modifica, insistendo nell'esecuzione dell'accordo originario, e, nel secondo, il rinnovo del contratto.

Nelle ipotesi prese in considerazione nell'esempio il comportamento opportunistico è finalizzato ad appropriarsi di una quota dei benefici generati dagli investimenti specifici. Tali benefici sono anche detti "quasi rendite". Più precisamente, nel caso in cui in una relazione contrattuale una parte effettui un investimento, il valore della quasi rendita di quell'investimento è pari alla differenza tra il valore attuale dell'investimento ed il suo valore di recupero, cioè, il suo valore secondo il primo miglior uso

alternativo. La quota specifica potenzialmente appropriabile della quasi rendita consiste nell'eccesso di valore dell'investimento rispetto alla valutazione fornita dal secondo miglior utilizzatore (partner contrattuale) alternativo²⁶. L'impresa, che ha effettuato gli investimenti specifici, per evitare l'interruzione della relazione, potrebbe cedere in tutto o in parte tale quota.

Il problema del comportamento opportunistico legato alla presenza di investimenti specifici è noto anche col nome di *hold up* (ricatto)²⁷. La parte che si viene a trovare nella posizione di un (quasi) monopolista *ex post* può appropriarsi (di parte almeno) del

²⁶ Così KLEIN B., CRAWFORD R., ALCHIAN A., *Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process*, 21 *J. Law & Econ.* 297 (1978); trad. it. *Integrazione verticale, rendite appropriabili ed il processo di contrattazione competitiva*, in AA.VV., *Razionalità, impresa e informazione. Letture di microeconomia*, FILIPPINI L. e SALANTI A. curr., Torino, 1993, 115, 116; per MILGROM P. e ROBERTS J., *Economia organizzazione e management*, cit., 399-400, "una rendita è costituita dalla frazione dei proventi che eccede l'ammontare minimo necessario per indurre un lavoratore ad accettare un certo lavoro o un'impresa a entrare in una certa industria", mentre "una quasi rendita è costituita dalla frazione dei proventi che eccedono l'ammontare minimo necessario per evitare che un lavoratore abbandoni un certo lavoro o un'impresa abbandoni una certa industria".

²⁷ La fondamentale trattazione del problema dell'*hold up* si trova nel già citato saggio di KLEIN B., CRAWFORD R., ALCHIAN A., *Integrazione verticale, rendite appropriabili ed il processo di contrattazione competitiva*; v., più di recente, KLEIN B., *Hold up problem*, in *The New Palgrave: A Dictionary of Economics and Law*, Newman ed., New York, 1998; nonché *Why hold-ups occur: the self-enforcing range of contractual relationships*, 34 *Economic Inquiry* 444 (1996); il concetto è stato ripreso in Italia da PARDOLESI R. in *Analisi economica e diritto dei contratti*, in AA. VV. *Interpretazione giuridica e analisi economica*, ALPA G., PULITINI F., RODOTÀ S., ROMANI F., curr., Milano, 1982, 416, ed applicato dallo stesso autore all'analisi dei contratti di distribuzione (*I contratti di distribuzione*, Napoli, 1979, 324 ss.).

beneficio generato dagli investimenti specifici effettuati dalla controparte senza pagare nessun prezzo aggiuntivo²⁸.

Solitamente il problema dell'*hold up* è presentato come indifferente rispetto ai ruoli di cliente o (sub)fornitrice delle imprese in relazione²⁹. In altri termini, sia l'impresa cliente che quella fornitrice si possono trovare nella posizione di vantaggio. Anzi, ancora più spesso, l'enfasi è posta sulla necessità da parte di entrambe le imprese di effettuare investimenti specifici³⁰. Tale necessità risulta facilmente comprensibile nel caso di investimenti in capitale umano i cui benefici dipendono da una continua e reciproca collaborazione. La situazione nella quale entrambe le imprese sopportano investimenti specifici è anche definita come un problema di monopolio o dipendenza bilaterale³¹.

²⁸ Cfr. GRILLO M., *Teoria dell'impresa e teoria dei diritti di proprietà*, in AA.VV., *Imprese e mercati*, ZAMAGNI S. cur., cit., 155, 166.

²⁹ V. KLEIN B., CRAWFORD R., ALCHIAN A., *Integrazione verticale, rendite appropriabili ed il processo di contrattazione competitiva*, cit., 116 ss.; WILLIAMSON O.E., *Teoria dei costi di transazione: il controllo delle relazioni contrattuali*, cit., 144 ss..

³⁰ La necessità bilaterale di effettuare investimenti specifici nasce in rapporto alle attività complementari o cospecializzate. "Due attività sono congiuntamente specializzate se esse sono massimamente produttive quando usate insieme, e perdono molto del loro valore se utilizzate separatamente" (così MILGROM P. e ROBERTS J., *Economia organizzazione e management*, cit., 212).

³¹ V. WILLIAMSON O.E., *Teoria dei costi di transazione: il controllo delle relazioni contrattuali*, cit., 146, "per quanto, frequentemente, all'istante iniziale in cui vengono assegnati contratti ricorrenti di tutti i generi, sia possibile osservare una concorrenza basata su grandi numeri, nel caso delle transazioni idiosincratiche la relazione tra acquirente e fornitore, in séguito, si trasforma rapidamente in un monopolio bilaterale - a causa dei costi specifici [...]"; WILLIAMSON O.E., *I meccanismi del governo. L'economia dei costi di transazione: concetti, strumenti, applicazioni*, cit., 61 ss.. Il problema può essere anche espresso in forma di dilemma del prigioniero (cfr. MILGROM P. e ROBERTS J., *Economia organizzazione e management*, cit., 215 ss.).

Se le imprese sono (minimamente) lungimiranti, si porranno il problema del comportamento opportunistico prima di investire. L'impresa che si attende un comportamento opportunistico della controparte potrebbe decidere di effettuare investimenti specifici in misura minore a quella che massimizza il surplus, o addirittura, di non entrare in relazione³². Il rischio del comportamento opportunistico, perciò, può causare una perdita di efficienza. L'assicurazione di una relazione continua e duratura diviene necessaria per incoraggiare la misura efficiente di investimenti specifici. Tale assicurazione potrebbe essere garantita attraverso contratti di lungo periodo³³, assistiti da impegni formali o informali di salvaguardia e di adattamento alle contingenze future³⁴, ma questa soluzione non è priva di costi (transattivi)³⁵.

³² Si tratta di una logica conseguenza di un problema di esternalità, in quanto la parte che si aspetta un comportamento opportunistico del partner sarà indotta ad investire una quantità di risorse inferiore a quella desiderabile da un punto di vista sociale, giacché essa affronterà il proprio costo privato - sopportato per intero - con un beneficio privato che è inferiore al beneficio sociale per la parte di quasi rendite di cui si appropria il partner opportunistica. Un contratto di lungo periodo può essere interpretato come uno strumento che consente di internalizzare le esternalità (così GRILLO M., *Teoria dell'impresa e teoria dei diritti di proprietà*, cit., 166-167).

³³ La valutazione dell'importanza della dimensione temporale della relazione contrattuale si deve principalmente alla teoria dei contratti relazionali emersa dalle opere di Ian Macneil (del quale v. *The New Social Contract. An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven - London, 1980), e poi sviluppata in numerosi studi successivi (v., riassuntivamente, GOLDBERG V.P., *Relational Contract* in *The New Palgrave: A Dictionary of Economics and Law*, Newman ed., New York, 1998). L'incorporazione della teoria dei contratti relazionali nella teoria dei costi di transazione è già in WILLIAMSON O.E., *Teoria dei costi di transazione: il controllo delle relazioni contrattuali*, cit..

³⁴ Per salvaguardie si intendono le garanzie volte a ridurre i rischi di opportunismo e a consentire l'adattamento del contratto. "Le salvaguardie assumono almeno una delle seguenti forme: 1) riallineamento degli incentivi, il

Per quanto riguarda gli impegni formali, va detto che la predisposizione di salvaguardie e di meccanismi di adeguamento alle circostanze future comporta costi transattivi dovuti all'impossibilità di prevedere tutte le circostanze future e alla difficoltà di disegnare strumenti di governo perfetti. In breve, si dice che le parti sono limitatamente razionali³⁶. La razionalità limitata (ma intenzionale) rende più o meno incompleto il contratto³⁷. L'incompletezza del contratto richiede periodiche

che solitamente comporta un indennizzo di fine rapporto o una penale per la sua cessazione prematura [...]; 2) sostituzione dell'ordinamento giudiziario con quello privato: sono esplicitamente previsti l'incompletezza del contratto e il ricorso a forme di giudizio alternative (l'esempio tipico è l'arbitrato) [...]; 3) la transazione viene inserita in una rete di scambi più complessa, per rafforzare la continuità e facilitare gli adattamenti; un esempio tipico è il passaggio dallo scambio unilaterale a quello bilaterale [...] in modo da uguagliare i rischi dello scambio. Un altro esempio è il ricorso al processo decisionale collettivo sotto forma di proprietà comune" (WILLIAMSON O.E., *I meccanismi del governo. L'economia dei costi di transazione: concetti, strumenti, applicazioni*, cit., 119-120).

³⁵ Gli impegni formali fanno leva su una esecuzione coattiva da parte di un'istituzione terza (corte, o arbitro), mentre quelli informali fanno affidamento sulla reputazione. L'efficacia dei due tipi di impegno dipende dal contesto nel quale si collocano. Un efficiente sistema di regole, e di corti che ne garantiscono l'applicazione, favorisce impegni formali, in quanto diminuisce i costi transattivi di esecuzione. Un contesto caratterizzato da importanza della reputazione spiana la strada agli impegni informali. Nella realtà le relazioni contrattuali sono costituite da un intreccio di impegni formali ed informali, i quali comportano costi transattivi più o meno elevati.

³⁶ L'introduzione del concetto di razionalità limitata nell'economia si deve a Herbert Simon. Fin dagli anni '50 egli ha messo in evidenza la debolezza del tradizionale assunto della teoria neoclassica in base al quale tutti gli agenti sono perfettamente razionali (v., da ultimo, SIMON H.A., *Causalità, razionalità, organizzazione*, Bologna, 1985; per una recente analisi del concetto di razionalità limitata creato da Simon v. RIZZELLO S., *L'economia della mente*, Roma-Bari, 1997, 74 ss.).

³⁷ "Un contratto completo può risolvere i problemi legati alle motivazioni delle parti. Esso specifica precisamente ciò che ogni parte deve fare, e definisce la distribuzione dei costi e dei benefici in ogni possibile circostanza (incluse

rinegoziazioni nuovamente esposte a rischi di comportamenti opportunistici, che possono essere drammatizzati dalla possibilità di un'asimmetria informativa tra le parti. Ecco perché gli impegni formali richiedono l'intervento di un terzo soggetto istituzionale (ad esempio, un giudice o un arbitro). D'altra parte, l'esecuzione coattiva o la ridefinizione degli impegni, l'assistenza alla rinegoziazione e la risoluzione di eventuali controversie affidate ad un terzo sono a loro volta inevitabilmente costose. Inoltre, le informazioni contrattualmente rilevanti, anche se osservabili dalle parti, in molte circostanze non sono verificabili dal terzo³⁸. Si possono, quindi, distinguere costi transattivi *ex ante* per delineare, contrattare e salvaguardare un accordo, e costi transattivi *ex post* di

quelle nelle quali i termini del contratto vengono violati) in modo tale che ogni parte trova ottimale adempiere ad esso" (così MILGROM P. e ROBERTS J., *Economia organizzazione e management*, cit., 200). Sulla teoria dei contratti incompleti e sul suo collegamento col tema delle *default rules* v., in prima approssimazione, SCHWARTZ A., *Incomplete contracts*, in *The New Palgrave: A Dictionary of Economics and Law*, Newman ed., New York, 1998, 277; AYRES I. e GERTNER R., *Strategic Contractual Inefficiency and the Optimal Choice of Legal Rules*, 101 *Yale L. J.* 729 (1992); degli stessi autori *Filling gaps in incomplete contracts: an economic theory of default rules*, 99 *Yale L. J.* 87 (1989).

Un'incisiva e brillante applicazione della categoria economica dell'incompletezza al diritto dei contratti italiano è ora in BELLANTUONO G., *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, PADOVA, 2000; ma v. anche PARDOLESI R., *Regole di default e razionalità limitata: per un diverso approccio di analisi economica al diritto dei contratti*, *Riv. critica dir. privato*, 1996, 451.

³⁸ Cfr. GRILLO M., *Teoria dell'impresa e teoria dei diritti di proprietà*, cit., 169. Sulla distinzione tra informazioni osservabili e verificabili v. SCHWARTZ A., *Le teorie giuridiche dei contratti e i contratti incompleti*, in AA. VV., *L'analisi economica del diritto. Un'introduzione*, FABBRI D., FIORENTINI G., FRANZONI L.A., cur., Roma, 1977, 97, 103.

aggiustamento, di organizzazione e di gestione delle istituzioni terze demandate al controllo³⁹.

Per ciò che concerne, invece, gli impegni informali la discussione ruota intorno ai c.d. contratti impliciti o *self enforcing*⁴⁰. Potenzialmente gli impegni informali costituiscono un formidabile mezzo di contenimento dei costi di contrattazione. Tuttavia, essi, per loro natura, non possono essere facilmente fatti valere davanti ad una corte di giustizia, in quanto spesso non sono corroborati da documenti e nemmeno negoziazioni orali. Perciò, la loro efficacia, in termini di controllo dell'opportunismo, è affidata a meccanismi di mercato collegati alla reputazione, quali la comminazione di premi o punizioni in termini di affari futuri. Uno di questi meccanismi può consistere nell'offerta di un premio futuro alla parte potenzialmente opportunistica, ovvero un flusso di quasi rendita eccedente il guadagno potenziale del ricatto basato sulla minaccia di interruzione della relazione. Chiaramente il valore attualizzato del flusso dovrebbe essere superiore all'incremento di ricchezza potenzialmente ricavabile dallo stesso ricatto⁴¹, il che richiede una ricerca di informazioni che, ove possibile, comporta costi⁴². L'esempio del premio dimostra che anche gli impegni

³⁹ Cfr. WILLIAMSON O.E., *Le istituzioni economiche del capitalismo. Imprese. Mercati. Rapporti contrattuali*, Milano, 1987, 93 ss..

⁴⁰ KLEIN B., CRAWFORD R., ALCHIAN A., *Integrazione verticale, rendite appropriabili ed il processo di contrattazione competitiva*, cit., 123.

⁴¹ KLEIN B., CRAWFORD R., ALCHIAN A., *Integrazione verticale, rendite appropriabili ed il processo di contrattazione competitiva*, cit., 124 ss..

⁴² Cfr. KLEIN B., CRAWFORD R., ALCHIAN A., *Integrazione verticale, rendite appropriabili ed il processo di contrattazione competitiva*, cit., 126 ss..

informali comportano costi transattivi. Inoltre, la costruzione ed il mantenimento di una reputazione necessita di elevata frequenza e profittabilità dei contratti, nonché di un lungo orizzonte temporale della relazione⁴³.

La conclusione generalmente rinvenibile negli studi sui nessi tra investimenti specifici e opportunismo è la seguente: man mano che aumentano le quasi rendite appropriabili (ovvero, man mano che aumenta il carattere idiosincratico della relazione), diventando più costoso attuare impegni formali ed informali che garantiscano una relazione di lunga durata, cresce la spinta ad integrare⁴⁴. Nonostante l'impresa non elimini i problemi di contrattazione⁴⁵, essa si mostra una soluzione preferibile nel caso di rilevanti investimenti idiosincratici. A conforto di questa conclusione un fondamentale studio sull'*hold up* riporta un caso di relazione contrattuale di subfornitura tratto dall'industria automobilistica nordamericana degli anni '20⁴⁶.

⁴³ Il collegamento tra efficacia della reputazione e durata della relazione è indagato dalla teoria dei giochi (cfr., riassuntivamente, MILGROM P. e ROBERTS J., *Economia organizzazione e management*, cit., 218 e 385 ss.).

⁴⁴ KLEIN B., CRAWFORD R., ALCHIAN A., *Integrazione verticale, rendite appropriabili ed il processo di contrattazione competitiva*, cit., 128; WILLIAMSON O.E., *Teoria dei costi di transazione: il controllo delle relazioni contrattuali*, cit., 161.

⁴⁵ V. già KLEIN B., CRAWFORD R., ALCHIAN A., *Integrazione verticale, rendite appropriabili ed il processo di contrattazione competitiva*, cit., 117 in nota.

⁴⁶ La descrizione del caso può essere sintetizzata nei termini che seguono. Dal 1919 il processo produttivo automobilistico cominciò a spostarsi dalla produzione di scocche aperte in legno a quelle chiuse in metallo. Per la produzione di queste ultime era necessario un consistente investimento in capitale fisso rappresentato dalle specifiche macchine di stampaggio. Nel 1919 la

L'economia dei costi di transazione vede, quindi, il problema della produzione come una scelta tra strutture di governo, ovvero diversi modi di organizzare le transazioni: i mercati (contratti a pronti o spot), i contratti di lungo periodo e l'impresa (gerarchia). La visione è simile al modello concettuale di Coase. Vengono, però, messi fuoco e resi operativi alcuni snodi (costi di transazione, cause dell'incompletezza dei contratti di lungo periodo e dimensioni critiche delle transazioni) che nel modello originario

General Motors sottoscrisse un accordo contrattuale della durata di dieci anni con la Fisher Body, una casa fornitrice di carrozzerie, per la produzione di scocche chiuse. Per incentivare l'investimento nelle costose macchine di stampaggio tale contratto prevedeva una clausola di esclusiva in base alla quale la General Motors si impegnavano sostanzialmente a comprare dalla Fisher Body tutte le scocche chiuse. Per evitare che questa clausola sbilanciasse troppo il contratto a favore della Fisher Body si tentava di determinare in anticipo il prezzo. Il prezzo era stato stabilito in base ai costi più il 17,6% (dove i costi erano definiti al netto degli interessi pagati sul capitale investito). Per di più, il contratto includeva specifiche condizioni secondo cui alla General Motors non poteva essere praticato un prezzo maggiore di quello pagato da altri produttori per pezzi simili, e neppure maggiore rispetto al prezzo medio di mercato di pezzi simili prodotti da altre imprese diverse dalla Fisher. Infine, il contratto includeva l'obbligo di ricorso ad un arbitro in caso di controversie sul prezzo. Tuttavia, le condizioni di domanda mutarono rapidamente nel corso di pochi anni, in quanto ci fu un notevole incremento della richiesta di automobili e di scocche chiuse. La General Motors aveva cominciato a considerare troppo elevato il prezzo praticato da quello che era diventato un suo importantissimo fornitore, la Fisher. La General Motors, infatti, riteneva che la Fisher avesse avuto un significativo incremento di prodotto per unità di capitale impiegato. Per di più, Fisher rifiutò di situare i propri impianti di produzione delle scocche in una località adiacente le catene di montaggio della General Motors. Tale spostamento era considerato dalla General Motors essenziale per l'efficienza produttiva, ma richiedeva alla Fisher un investimento altamente specifico e quindi probabilmente appropriabile. Dal 1924 la General Motors ritenne non più sopportabile la relazione contrattuale con la Fisher e cominciò le negoziazioni che portarono nel 1926 all'acquisto della stessa Fisher (cfr. KLEIN B., CRAWFORD R., ALCHIAN A., *Integrazione verticale, rendite appropriabili ed il processo di contrattazione competitiva*, cit., 129 ss.; il caso è frequentemente ripreso e rimodellato in altri studi per descrivere i problemi connessi agli investimenti specifici).

rimanevano ad un alto grado di astrazione. Le transazioni hanno tre dimensioni critiche: 1) la frequenza e l'arco di tempo in cui si ripetono; 2) (la misura ed) il grado degli investimenti specifici; 3) l'incertezza sulle circostanze future in grado di mutare il quadro inizialmente preso in considerazione dalle parti. La dimensione più importante è rappresentata (dalla misura e) dal grado di investimenti specifici. Più cresce il bisogno di effettuare investimenti specifici, più aumenta la dipendenza bilaterale e la necessità di prolungare la relazione. L'aumento dell'incertezza rende ulteriormente complessa la relazione. Relazioni complesse non possono essere governate dalla struttura più semplice: i contratti spot. La contrattazione di lungo periodo è una valida alternativa, ma deve confrontarsi con elevati costi di transazione dovuti alla razionalità limitata e all'opportunismo. Oltre un certo grado di complessità, la gerarchia (ovvero, la struttura caratterizzata da autorità) diventa l'unica struttura praticabile.

Sebbene, in un primo momento, l'economia dei costi di transazione abbia enfatizzato le virtù della gerarchia, col tempo essa ha dedicato crescente attenzione alla contrattazione di lungo periodo. In questa versione aggiornata, emergono con maggiore nitidezza le differenze tra le varie strutture di governo (o di controllo) delle transazioni. Inoltre, viene meglio chiarito il rapporto tra strutture di governo ed ambiente istituzionale. Le diverse strutture di controllo (mercati, forme ibride e gerarchie) corrispondono a differenti regole giuridiche (ambiente

istituzionale), tipi di adattamento alle circostanze impreviste e gradi di incentivi.

Regole giuridiche, che trascurano l'importanza dell'identità delle parti, sono soggette ad un'interpretazione stretta e si basano solo su documenti contrattuali scritti, si adattano a transazioni di mercato. Regole giuridiche più elastiche, che contemplano la revisione dei termini iniziali, prevedono un margine di "giustificazione" dell'inadempimento nel caso di rilevanti circostanze sopravvenute, richiedono la comunicazione delle informazioni private e stabiliscono il ricorso all'arbitrato in caso di mancato accordo spontaneo, si saldano meglio alle forme ibride di contrattazione. La "regola dell'acquiescenza" è quella che, invece, si attaglia alla gerarchia. Per chiarire cosa si intenda per regola dell'acquiescenza è utile ricorrere ad un esempio. Mentre i tribunali discutono normalmente le controversie interimprenditive sui prezzi, sui danni imputabili a ritardi nella consegna, sulla qualità delle forniture e simili, si rifiuteranno sempre, però, di discutere controversie analoghe, ma sorte tra divisioni della medesima impresa⁴⁷. "La logica intrinseca della norma dell'acquiescenza è duplice: 1) in una controversia interna, le parti hanno una profonda conoscenza - sia delle circostanze in cui s'inserisce la controversia sia della validità delle soluzioni possibili - che può essere comunicata al tribunale solo onerosamente; 2) permettere che le controversie interne

⁴⁷ WILLIAMSON O.E., *I meccanismi del governo. L'economia dei costi di transazione: concetti, strumenti, applicazioni*, cit., 164.

finiscano in tribunale significa minare l'efficacia e l'integrità della gerarchia"⁴⁸.

L'adattamento può riguardare cambiamenti nella domanda e nell'offerta, che si possono tradurre in cambiamenti dei prezzi (adattamento autonomo), ma può anche riguardare perturbazioni, che richiedono risposte coordinate per evitare che le parti operino in modo antagonistico o comunque non ottimale (adattamento cooperativo). Gli incentivi sono di intensità variabile. Si distingue tra incentivi ad alto potenziale, che hanno effetti immediati e diretti sul miglioramento della prestazione, ed incentivi a basso potenziale per i quali l'effetto immediato di un miglioramento è scarso o nullo.

I mercati si collegano ad adattamenti autonomi ed incentivi ad alto potenziale. Le gerarchie permettono il governo degli adattamenti cooperativi ma scontano incentivi a basso potenziale. Le forme ibride presentano valori intermedi in termini di capacità

⁴⁸ Così WILLIAMSON O.E., *I meccanismi del governo. L'economia dei costi di transazione: concetti, strumenti, applicazioni*, cit., 166, che con questa spiegazione intende contrapporsi alla nota corrente di pensiero che vede l'impresa come nodo di contratti (il filone prende l'avvio dal famoso articolo di ALCHIAN A. e DEMESETZ H., *Production, Information Costs, and Economic Organization*, 62 *American Economic Review* 777 (1972), trad. it., *Costi di produzione, d'informazione e organizzazione economica* in AA.VV., *Razionalità, impresa e informazione. Letture di microeconomia*, FILIPPINI L. e SALANTI A. curr., cit., 95 ss.). Secondo Williamson (*ibid.*, 163) l'utilità di considerare l'impresa come un nodo di contratti è dimostrata dalle numerose intuizioni a cui ha dato origine la letteratura sull'argomento, ma considerare l'impresa soltanto come un nodo di contratti significa perdere molto di ciò che distingue veramente questa modalità di governo (nello stesso senso v. HART O., *An Economists's Perspective on the Theory of the Firm* 89 *Columbia Law Review* 1757 (1989), trad. it. *Il punto di vista degli economisti sulla teoria dell'impresa*, AA.VV., *Razionalità, impresa e informazione. Letture di microeconomia*, FILIPPINI L. e SALANTI A. curr., cit., 153, 161).

di adattamento e di intensità degli incentivi. In queste ultime, la separazione proprietaria delle imprese richiede incentivi forti e favorisce l'adattamento autonomo. Siccome, però, esiste una dipendenza bilaterale, i contratti a lungo termine sono tutelati da ulteriori salvaguardie contrattuali e strumenti di governo (come i meccanismi di composizione delle controversie). Ciò facilita l'adattamento cooperativo, ma a scapito dell'intensità degli incentivi⁴⁹.

E' rilevante sottolineare come Williamson riprenda lo spunto di Coase sull'influenza, in termini di incentivi, esercitata dalle regole giuridiche sulla scelta delle strutture di governo. Miglioramenti o peggioramenti nel diritto dei contratti spostano la curva dei costi di governo. Nell'ambito delle regole che riguardano le relazioni contrattuali di lungo periodo (ovvero, le forme ibride), un miglioramento della "dottrina della giustificazione" dovrebbe spostare verso il basso il costo delle transazioni. La logica di fondo è che la stessa dottrina può essere troppo rigida o troppo tollerante. Se troppo rigida, ovvero se i contratti verranno applicati inderogabilmente secondo i termini iniziali, allora le parti saranno restie ad effettuare investimenti specifici l'una per l'altra, perché qualora la controparte insistesse nel pretendere il rispetto della lettera del contratto, i maggiori rischi di esiti punitivi potrebbero effettivamente concretizzarsi. Se troppo tollerante, se cioè si

⁴⁹ Cfr. WILLIAMSON O.E., *I meccanismi del governo. L'economia dei costi di transazione: concetti, strumenti, applicazioni*, cit., 157 ss..

ammetteranno con troppa larghezza le possibilità di giustificare l'inadempimento, allora perderanno forza gli incentivi a riflettere sui contratti, a scegliere in maniera accorta le tecnologie, a condividere i rischi e a scongiurare le avversità.

Se un cambiamento di questo tipo di ambiente istituzionale rappresenta un miglioramento o no, dipenderà dalle condizioni iniziali e da come si sviluppano i *trade off* appena illustrati⁵⁰.

Benché questo ragionamento sia foriero di numerose ed importanti implicazioni sul piano delle regole giuridiche formali del diritto dei contratti, Williamson ha dedicato maggiori energie al c.d. ordinamento privato, ovvero alle regole informali che sostengono lo scambio per mezzo della reputazione. Egli condanna il centralismo della legge assumendo come erronea la comune presupposizione che il sistema delle corti statali possa agire senza costi e con piena informazione. Ecco perché si presenta come prioritario lo studio degli impegni che rendono maggiormente credibili le transazioni. I meccanismi per sostenere la credibilità sono detti 'pegni' o 'ostaggi'. Per pegno si intende un meccanismo contrattuale, come una cauzione, che sanziona la parte inadempiente. Il pegno comunque richiede strutture di governo specializzate come il ricorso ad un istituzione di controllo (*e.g.*, un

⁵⁰ Così WILLIAMSON O.E., *I meccanismi del governo. L'economia dei costi di transazione: concetti, strumenti, applicazioni*, cit., 185.

arbitrato) o l'esposizione reciproca al rischio (e.g., mediante investimenti specifici bilaterali)⁵¹.

Una visione più equilibrata spinge però a ritenere che (anche quel particolare tipo di parte contrattuale che è) l'impresa tenda a considerare sia le regole giuridiche formali sia quelle informali⁵².

Sebbene la teoria dei costi di transazione subisca, anche all'interno del neoistuzionalismo⁵³, la concorrenza di altre correnti di pensiero⁵⁴, e quantunque alcuni snodi concettuali siano intensamente discussi, essa ha l'indubbio merito di aver dato - sulla scorta della combinazione interdisciplinare di teoria

⁵¹ Sul modello del pegno v. WILLIAMSON O.E., *I meccanismi del governo. L'economia dei costi di transazione: concetti, strumenti, applicazioni*, cit., 135 ss. e 192 ss.

⁵² Ad esempio, nella visione probabilistica dell'*hold up* proposta da KLEIN B., *Hold up problem*, in *The New Palgrave: A Dictionary of Economics and Law*, cit., 243, i due meccanismi di enforcement basati sul sistema delle corti e sull'ordinamento privato sono essenzialmente complementari: "Court enforcement and private enforcement are not alternative enforcement mechanisms, where transactors are assumed to rely upon one or the other enforcement mechanism, but never both. Instead, because of the costs associated with writing contract terms to be enforced by the court, transactors can be expected to rely as much as possible on private enforcement. However, given the fact that private enforcement capital is limited, transactors can be expected to use written contract terms and the assistance of the court as a supplement to private enforcement".

⁵³ Fuori dall'economia neoistituzionale in senso stretto, la concorrenza (o più spesso la complementarietà) viene dalla teoria dell'agenzia, da quella di giochi e dalle correnti più tradizionalmente neoclassiche.

⁵⁴ Si pensi al filone che, pur condividendo alcuni punti dell'analisi di Williamson, fa leva soprattutto sugli spunti del Coase di *Il problema del costo sociale*, cit., e sugli sviluppi in termini di diritti di proprietà (v. GOSSMAN S. e HART O., *The Cost and the Benefits of Ownership: A theory of Vertical and Lateral Integration*, 94 *Journal of Political Economy* 691 (1986); HART O. e MOORE J., *Property Rights and the Nature of The Firm*, 98 *Journal of Political Economy* 1119 (1990); per una rassegna delle teorie dell'impresa ed un confronto

dell'organizzazione, diritto ed economia - un inquadramento teorico alla distinzione tra le diverse possibili strutture istituzionali. Un contributo particolarmente significativo riguarda la contrattazione tra imprese ed in particolare le c.d. forme ibride che Coase ha recentemente definito un misto di autorità e contratti. Una crescente mole di studi empirici si è dedicata in tutto il mondo a testare empiricamente la teoria su alcune forme ibride come le relazioni integrate di franchising e di subfornitura giapponese⁵⁵.

1.4 La disparità di potere contrattuale tra imprese nella logica dei costi di transazione

I modelli economici - in particolare, la teoria dei costi di transazione con la sua capacità di integrare la teoria dell'impresa e quella dei contratti - offrono all'analisi delle relazioni contrattuali tra imprese una prospettiva complessa e, al tempo stesso, stimolante.

Le imprese, i contratti di lungo periodo ed i contratti a pronti (o ad esecuzione istantanea) sono strutture di governo alternative puntate ad economizzare i costi di transazione. L'ambiente

con quella basata sui diritti di proprietà v. HART O., *Il punto di vista degli economisti sulla teoria dell'impresa*, cit.).

⁵⁵ Per alcuni riferimenti v. COEURDEROY R. e QUELIN B., *L'économie des coûts de transaction. Un bilan des études empiriques sur l'intégration verticale*, *Rev. économ. pol.*, 1997, 145.

istituzionale è costituito dall'interazione tra regole (giuridiche) formali ed informali che devono contribuire alla funzione primaria di compressione dei costi di transazione. In particolare, il cambiamento (o il non cambiamento) di regole formali comporta sempre una scelta sui costi associati a ciascuna forma di governo e trasmette incentivi alle parti (ad esempio, *ceteris paribus*, un miglioramento del diritto dei contratti di lungo periodo porta le parti a preferire questa struttura di governo in circostanze che prima conducevano alla scelta di una delle altre due alternative). Inoltre, le regole formali, per funzionare al meglio, non possono trascurare quelle informali.

I confini giuridici del contratto stingono nella concezione di relazione contrattuale, la quale porta con sé i concetti di razionalità limitata (incompletezza) ed opportunismo. Per fornire le migliori regole formali occorre guardare alla relazione nel suo complesso e non solo ai singoli contratti che la compongono. Di più, occorre collocare la relazione nel mercato in cui trova esplicazione.

L'idea della continuità tra contratti e imprese è però bilanciata dalla possibilità (anzi, dalla necessità) di individuare la linea discrezionale che li divide: l'autorità. Proprio quest'ultima conduce a considerare in un quadro analitico peculiare le relazioni contrattuali tra imprese.

In particolare, nelle forme ibride di relazione contrattuale tra imprese è evidente il tentativo (di una delle due parti) di non rinunciare a tutta l'autorità, della quale si disporrebbe in una forma

gerarchica, conservando, almeno parzialmente, i vantaggi del mercato.

Inoltre, il potere di mercato (ovvero il potere monopolistico) è pervasivo⁵⁶: a radicarlo bastano diseguali investimenti specifici.

Si tratta di un passaggio logico rivoluzionario rispetto al consueto modo di inquadrare il potere di mercato, come possibilità di adottare comportamenti unilaterali (ed in particolare politiche dei prezzi) al riparo dalla concorrenza⁵⁷. Rovesciando la consueta prospettiva che guarda soprattutto al potere e concentrando l'attenzione sulla condizione di chi lo subisce, diventa cruciale determinare se quest'ultimo ha possibilità di spostarsi su alternative

⁵⁶ Cfr. KLEIN B., CRAWFORD R., ALCHIAN A., *Integrazione verticale, rendite appropriabili ed il processo di contrattazione competitiva*, cit., 118, i quali affermano "possiamo usare la terminologia tipica del mercato di monopolio per riferirci al fenomeno in esame [l'*hold up*], a condizione che si ricordi che non ci stiamo riferendo né al solito caso di monopolio creato dalle restrizioni poste sull'entrata dell'autorità di governo, né al caso di un singolo produttore e neppure a quello di un'elevata concentrazione dell'offerta. Una delle premesse fondamentali di questo lavoro è che il grado di monopolio, più noto come «potere di mercato», è pervasivo. A causa dei costi di transazione e di mobilità, il potere di mercato esisterà anche in molte situazioni che non sono generalmente chiamate monopolio".

⁵⁷ Questo è il potere tradizionalmente sorvegliato e contrastato dall'antitrust. Ovviamente, la letteratura sul tema è immensa, ma in questa sede è sufficiente rinviare a VAN DEN BERGH R., *L'analisi economica del diritto della concorrenza*, in AA. VV., *Diritto antitrust italiano*, FRIGNANI A., PARDOLESI R., PATRONI GRIFFI A., UBERTAZZI L. C. cur., Tomo I, Bologna, 1993, 7; e GOBBO F., *Il mercato e la tutela della concorrenza*, con la collaborazione di BRUZZONE G., FERRERO M. e UTILI G., 27 ss.; nonché, da ultimo, con una rassegna critica delle teorie sul potere di mercato, FINGLETON J., *Il potere di mercato. Come definirlo?*, *Mercato concorrenza e regole*, 1999, 599.

Per una magistrale sintesi delle diverse filosofie che muovono il cammino, men che lineare, dell'antitrust nordamericano e comunitario, v. AMATO G., *Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Bologna 1988.

di mercato. Se tali costi sono proibitivi nasce uno stato di dipendenza economica. In altri termini, il livello dei costi necessari per lo spostamento determina il grado di dipendenza economica. L'altra faccia della dipendenza rimane il potere. Ma in questo modo di ragionare il concetto di potere di mercato stinge in quello di potere contrattuale.

Il passaggio è ricco di conseguenze per l'analisi delle relazioni contrattuali di subfornitura, ma non è sviluppato dai più autorevoli rappresentanti della teoria dei costi di transazione. Essi sono, piuttosto, portati ad analizzare le situazioni di monopolio (o dipendenza) bilaterale. La circostanza non sorprende. Non è un caso che l'esempio forse più discusso dalla teoria dei costi di transazione riguardi la General Motors e la Fisher Body, cioè due grandi imprese americane con potere di mercato pressoché equivalente. Autori come Coase e Williamson manifestano una spiccata diffidenza verso la demonizzazione del monopolio: le pratiche contrattuali atipiche non sono sempre tentativi di monopolizzare e sfruttare la posizione di monopolio, anzi molto più spesso riflettono particolari strutture di governo delle transazioni.

Eppure, l'architettura della teoria dei costi di transazione - ovvero l'articolo di Coase del 1937 - contiene in sé i passaggi logici in grado di fornire la prima nitida spiegazione di cosa sia il potere di mercato relativo (contrattuale) nelle relazioni tra imprese. Quando l'impresa si indirizza verso una relazione di lungo periodo con i propri fornitori, è perché vuole conservare un certo grado di

autorità nei loro confronti. L'ottenimento dell'autorità, e la parziale rinuncia di controparte a decidere, nel modello di Coase sono comprati. Esistono, però, dinamiche contrattuali e condizioni di mercato che 'regalano' all'impresa il potere contrattuale (di decidere). Il ragionamento può essere posto nei termini, sempre coasiani, di *property right*: in questa prospettiva, il potere e la dipendenza contrattuale sono forme di esternalità.

L'asimmetria degli investimenti specifici è un profilo cruciale per individuare il potere e la dipendenza, ma non è l'unico.

In primo luogo, il carico di investimenti specifici è solo una - anche se talvolta decisiva - delle componenti di costo che rendono gravoso ad una parte (quella dipendente) lo spostamento su un'alternativa di mercato. Viene qui in soccorso la categoria degli *switching costs* (costi di commutazione), che comprende tutti i tipi di costo che consumatori o imprese devono fronteggiare a séguito di un cambiamento (anche forzoso) di tecnologia o di un partner contrattuale⁵⁸. Nell'ottica degli *switching costs* non esiste mai una

⁵⁸ Gli effetti dei costi di commutazione sul mercato al consumo sono esplorati da KLEMPERER P., *Competition when consumers have switching costs: an overview with applications to industrial organization, macroeconomics and international trade*, 62 *Review of Economic Studies* 515 (1995), per il quale gli *switching costs* comprendono quelli causati: 1) dal bisogno di compatibilità con le dotazioni (tecnologiche) di partenza (ad esempio, le varie componenti di un computer [magari acquistate in momenti successivi] devono essere fra compatibili); 2) dai costi transattivi per cambiare fornitore (ad esempio, il costo per chiudere un conto corrente e passare ad un'altra banca); 3) dai costi necessari per imparare l'utilizzo di un prodotto di una nuova marca (ad esempio, un nuovo software); 4) dai costi in termini di incertezza circa la qualità di prodotti non collaudati o testati (ad esempio, nuove medicine); 5) dai vantaggi in termini di

situazione di mancanza assoluta di alternative (dipendenza) - così come non esiste un potere assoluto (potere di mercato in senso tradizionale) -, ma piuttosto un grado più o meno elevato di onerosità dello spostamento, ovvero di incastro (*lock in*) nella situazione di partenza. Come si vedrà nei prossimi capitoli, è proprio il concetto elastico di "mancanza di alternative praticabili" a rappresentare il fondamento della categoria giuridica della dipendenza economica, la quale riscuote un crescente successo in alcuni sistemi giuridici continentali.

In secondo luogo, la dipendenza, intesa come mancanza di alternative praticabili a costi contenuti, può essere aggravata (o codeterminata) da altri fattori connessi a dinamiche contrattuali o a condizioni di mercato. Il prolungamento della relazione e l'asimmetria informativa sono esempi di questi ulteriori fattori. Essi saranno approfonditi tra breve quando si avvicinerà lo sguardo alle relazioni di subfornitura industriale, le quali in questa sede rappresentano il banco di prova di un ragionamento, che, nelle sue linee essenziali, risulta applicabile (almeno) all'intero settore delle relazioni verticali tra imprese.

Il potere e la dipendenza non richiedono un intervento (statale) indiscriminato. Regole giuridiche si giustificano solo per le

sconto o di altri strumenti di fidelizzazione garantiti da una determinata marca di prodotti (ad esempio, i programmi di *frequent-flyer* delle compagnie aeree).

Ma per una illustrazione, davvero nitida e ricca di esempi, degli *switching costs* si può consultare un testo di strategia manageriale della c.d. nuova *network economy*, e cioè SHAPIRO C. e VARIAN H. R., *Information Rules. Le regole dell'economia dell'informazione*, Milano, 1999, 14, 125 ss.

pratiche contrattuali (in termini giuridici, abusi) che non riflettono strutture di governo, ma sono finalizzate ad appropriarsi opportunisticamente delle c.d. quasi rendite o a provocare altre tipologie di distorsione del funzionamento del mercato. Esse devono, secondo il *trade off* indicato da Williamson a proposito dei miglioramenti delle regole riguardanti le relazioni di lungo periodo, preservare la funzione primaria del diritto che incide sui contratti: il risparmio dei costi transattivi.

E' curioso notare come il glorioso cammino concettuale di Ronald Coase sia iniziato proprio osservando da vicino i contratti di subfornitura (delle grandi case automobilistiche americane)⁵⁹. Egli aveva già visto molti dei problemi che saranno toccati in séguito. Aveva visto anche il problema degli investimenti specifici, ma concluse che i subfornitori sono nella condizione di autotutelarsi, predisponendo appropriate salvaguardie contrattuali ed evitando di concentrare un'eccessiva quota di fatturato su un solo committente.

2. Uno sguardo ravvicinato alle relazioni contrattuali di subfornitura industriale.

⁵⁹ COASE R. H., *La natura dell'impresa: l'origine, il significato, l'influenza*, cit., 111 ss..

2.1 *La definizione di subfornitura industriale*

Dopo l'individuazione dei modelli di base per un'analisi giureconomica, occorre avvicinare lo sguardo alle relazioni contrattuali di subfornitura. Il primo passo è costituito dal tentativo di definire una relazione di subfornitura industriale. Nel primo paragrafo ci si è riferiti alle relazioni di fornitura e subfornitura per indicare i gangli della deverticalizzazione manifatturiera. Occorre ora essere più precisi, ma si tratta di un compito tutt'altro che semplice.

La prassi, l'analisi economica ed il linguaggio giuridico sovente usano parole differenti per denominare uno stesso fenomeno. Il problema si complica se poi ci si riferisce a lingue diverse.

In questa trattazione si è scelto di utilizzare il termine 'subfornitura', perché, in lingua italiana, sembra quello che garantisce una maggiore convergenza tra diversi livelli linguistici rispetto ad uno stesso fenomeno economico: quello delle relazioni contrattuali tra imprese collocate su stadi differenti del ciclo di produzione manifatturiera. Negli studi di economia industriale che si occupano di questo fenomeno si utilizzano varie espressioni e generalmente non ci si preoccupa di premettere una precisa definizione. Una maggiore passione per le definizioni è riscontrabile negli studi di tagli aziendalistico⁶⁰. Ebbene, questi

⁶⁰ V. LORENZONI G., *Una tipologia di produzioni in conto terzi nel settore metalmeccanico*, in AA.VV, *Ristrutturazioni industriali e rapporti fra imprese*.

ultimi tendono a collocare la subfornitura nel campo industriale, distinguendola da altri fenomeni di deverticalizzazione dell'impresa (o, se si preferisce, di esternalizzazione) che afferiscono ad altri settori produttivi (*i.e.*, i servizi e l'agricoltura). Un primo elemento di restrizione del fenomeno attiene quindi al carattere industriale.

Inoltre, da alcune definizioni aziendalistiche risulta, se pur in modo non sempre nitido, che la subfornitura è riferita a fasi attinenti al processo di produzione manifatturiera (fabbricazione), il che spingerebbe a tenere fuori dal quadro l'esternalizzazione sia delle fasi più a monte sia di quelle a valle del processo di produzione⁶¹.

E' bene, però, rilevare che l'industrialità e l'attinenza ad un processo di produzione manifatturiera sono essi stessi concetti sfumati. Nel linguaggio economico 'produzione', 'industria' e 'servizi' spesso non corrispondono a categorie nettamente distinte.

Ricerche economico-tecniche sul decentramento produttivo, VARALDO R. cur., Milano, 1979; FERRANDO P.M., *Subfornitura e approvvigionamenti nell'evoluzione del sistema aziendale*, Milano, 1987; TRACOGNA A., *Le problematiche di sviluppo e i percorsi evolutivi delle imprese subfornitrici*, Milano, 1999, 22; GROS-PIETRO G. *Ruolo della subfornitura in un sistema industriale avanzato*, presentazione al convegno Tendenze e prospettive della subfornitura, Milano, 27 novembre 1990 (dattiloscritto); gli aziendalisti italiani si rifanno a quelli francesi che hanno per tempo trattato la *sous-traitance* (v., fra gli altri, CHAILLOU B., *Définition et typologie de la sous-traitance*, in *Revue Economique*, 1977, nr.2, 262 ss.; SALLEZ A., *Subfornitura, produttività del sistema industriale e sviluppo economico regionale*, in AA.VV., *Ristrutturazioni industriali e rapporti fra imprese. Ricerche economico-tecniche sul decentramento produttivo*, cit., 129).

⁶¹ "La subfornitura risulta quindi essere una attività industriale nel senso più stretto del termine in quanto, in prima approssimazione, non contempla attività di progettazione né attività di commercializzazione" (così LORENZONI G., *Una tipologia di produzioni in conto terzi nel settore metalmeccanico*, cit., 183).

Ad esempio, capita spesso che il termine ‘produzione’ sia utilizzato come sinonimo di produzione industriale (manifatturiera), mentre l’aggettivo ‘industriale’ qualifichi sia la produzione di beni che quella di servizi. Nella classificazione più comune ‘produzione’, è una supercategoria che comprende le tre distinte sottocategorie settoriali di agricoltura, industria (manifatturiera) e servizi.

Un problema di ordine diverso è rappresentato dall’incrocio tra produzione di beni e produzione di servizi, riscontrabile nella prassi. Sebbene la produzione manifatturiera sia finalizzata alla creazione di beni, nel ciclo di produzione sono identificabili fasi che attengono alla produzione di beni ed altre che attengono alla produzione di servizi (ad esempio, nel settore meccanico, finiture, verniciature, assemblaggi o, più genericamente, ‘lavorazioni’). La subfornitura può riguardare le une e le altre. Ma un’ulteriore complicazione è rappresentata dal fatto che l’esternalizzazione può mettere in relazione imprese di differenti settori industriali o di distinti settori produttivi. Rispetto a questi fenomeni, l’attinenza ad un processo di produzione manifatturiera delimita in negativo il campo della subfornitura industriale: tutta l’esternalizzazione di servizi generici (*outsourcing*) non attinente ad un processo produttivo manifatturiero è fuori dal concetto di subfornitura.

Parte dei passaggi logici che si è appena cercato di ricostruire è recuperabile nei tentativi di distinguere la fornitura dalla

subfornitura⁶². In quest'ordine di idee, l'elemento distintivo sarebbe rappresentato dalla funzionalità tecnica dell'apporto del subfornitore rispetto al ciclo aziendale del committente, che può esprimersi sia attraverso un adeguamento pedissequo alle specifiche dettate dal committente, sia – e qui evapora il tentativo di escludere la funzione progettuale - con un contributo nella concezione del prodotto. La fornitura, invece, riguarderebbe l'acquisto sul mercato di prodotti standardizzati, identificabili su catalogo e disponibili in stock, risolvendo la relazione economica in un puro rapporto commerciale⁶³. La distinzione si basa su alcune forzature⁶⁴, tant'è che i confini tra fornitura e subfornitura appaiono sempre più sfumati⁶⁵. Tuttavia, essa conserva una funzione

⁶² Sul piano meramente terminologico, la spiegazione della distinzione sembra conferire nel linguaggio italiano un valore semantico al prefisso 'sub', in quanto, evidentemente, esso sarebbe demandato a descrivere un tipo di produzione subordinata alle esigenze del committente.

⁶³ In questi termini FERRANDO P.M., *Subfornitura e approvvigionamenti nell'evoluzione del sistema aziendale*, cit., 117.

⁶⁴ V., in margine alla distinzione, i rilievi critici di PARDOLESI R., *Subfornitura industriale e diritto: un rapporto difficile*, in *L'artigianato nell'economia e sul territorio, Analisi delle tendenze evolutive*, GOBBI U. cur., I, Roma, s.d., ma 1985, 136-137., secondo il quale "[...] arbitraria si rivela l'idea [...] che il fornitore lavori per il mercato e il subfornitore per il committente. Il mercato non è un luogo fisico, ma una dimensione economica virtuale; e sussiste anche per gli *intermediate products*, a prescindere dal fatto che, di norma, essi non attirino l'interesse dei consumatori finali. Poco importa, a questo riguardo, che il prodotto, una volta realizzato in funzione di specifiche tecniche dettate dall'acquirente, sia personalizzato: l'incontro tra domanda e offerta non si verifica in questo stadio, perché la partita si gioca a monte, in margine alla disponibilità a dare ed accettare la commessa".

⁶⁵ L'evoluzione tecnologica e dei sistemi gestionali e organizzativi consente una personalizzazione del prodotto più agevole e veloce rispetto al passato, rendendo difficile distinguere il fornitore che riesce ad adattare il ciclo produttivo, dal subfornitore che lo modella sulle esigenze del committente (v., in

descrittiva, nella misura in cui spinge a differenziare le attività, che si pongono sul mercato del rifornimento (subfornitura), da quelle che hanno sbocco su quello al consumo (fornitura)⁶⁶. Inoltre, l'enfasi sull'importanza delle specifiche tecniche può tornare utile a sgombrare il campo dalla fornitura di materie prime collocata più a monte del processo produttivo⁶⁷. La stessa distinzione, infine, evidenzia la natura specializzata (o 'dedicata') della produzione del subfornitore, la quale generalmente impone - è questo un punto cruciale ! - a quest'ultimo investimenti specifici.

Nel corso del tempo, sono state proposte diverse classificazioni delle relazioni di subfornitura⁶⁸. Come le definizioni e le distinzioni

questo senso, TRACOGNA A., *Le problematiche di sviluppo e i percorsi evolutivi delle imprese subfornitrici*, Milano, 1999, 22; GROS-PIETRO G. *Ruolo della subfornitura in un sistema industriale avanzato*, presentazione al convegno Tendenze e prospettive della subfornitura, Milano, 27 novembre 1990 (dattiloscritto)).

⁶⁶ Secondo GROS-PIETRO G. *Ruolo della subfornitura in un sistema industriale avanzato*, cit., 10, "tradizionalmente si considerava fornitrice un'impresa che svolgeva in proprio l'intera attività imprenditoriale, dalla concezione del prodotto alla sua commercializzazione [...]".

La distinzione può servire a ricordare che sul piano dei prodotti intermedi è facile riscontrare un mercato endemicamente contratto dal lato della domanda, ovvero monopsonistico o oligopsonistico, anche se non sono da escludere situazioni inverse di monopolio o oligopolio. Ma la sua valenza descrittiva è confermata dai casi di imprese che svolgono sia funzioni di fornitura, che di subfornitura. In questa prospettiva, conviene focalizzare il ragionamento sul contratto piuttosto che sull'impresa.

⁶⁷ Anche in questo caso occorre andare oltre il nominalismo, e verificare se lavorazioni sulle materie prime, eventualmente richieste mediante specifiche tecniche dall'acquirente, portano a transitare nella subfornitura.

⁶⁸ Per una sintetica rassegna della classificazioni v. TRACOGNA A., *Le problematiche di sviluppo e i percorsi evolutivi delle imprese subfornitrici*, cit., 22 ss..

sopra discusse, queste ulteriori classificazioni rivestono un carattere puramente descrittivo.

Tuttavia, anche le classificazioni interne forniscono dati utili ai fini di questa trattazione. Nel complesso esse confermano che nel fenomeno della subfornitura convivono varie anime cui corrispondono diverse tipologie di relazioni. Inoltre, le più recenti classificazioni segnalano le principali linee di evoluzione del fenomeno.

La classificazione più ricorrente distingue tra subfornitura di capacità, motivata da strategie di costo connesse a domande fluttuanti, e subfornitura di specialità, innescata dal bisogno di rivolgersi ad una specializzazione esterna, cui corrisponde grosso modo sul piano temporale, la differenza tra subfornitura occasionale e permanente⁶⁹.

Una più articolata classificazione mira a dar conto di altre sfumature e si basa sulle funzioni svolte dall'impresa subfornitrice. Le funzioni sarebbero sei: concezione (o, progettazione) del prodotto, approvvigionamento delle materie e delle componenti,

⁶⁹ “Si ha subfornitura di capacità quando ‘il subfornitore offre una capacità di lavoro supplementare ad un produttore che non può da solo realizzare un livello di produzione desiderato’. Si ha subfornitura di specialità quando il committente si avvale di partners ‘specializzati in tecniche diverse dalla sua’, ricercando quindi all'esterno capacità produttive per le quali non è attrezzato. La subfornitura può poi essere permanente quando ha carattere costante nel tempo, riflettendo un particolare e durevole assetto delle competenze dei partners, e può essere occasionale quando si tratta di un rapporto episodico, volto a fronteggiare esigenze di tipo congiunturale” (così, sulla scia della letteratura francese, FERRANDO P.M., *Subfornitura e approvvigionamenti nell'evoluzione del sistema aziendale*, cit., 117 s.). Su queste classificazioni v. i rilievi critici di PARDOLESI R., *Subfornitura industriale e diritto: un rapporto difficile*, cit., 135.

fabbricazione delle componenti, montaggio (o, assemblaggio), finitura e commercializzazione. Sulla base della combinazione delle funzioni si hanno quattro tipologie di attività: lavorazione in conto terzi, subfornitura di produzione, produzione su licenza e fornitura a pieno titolo. Il contoterzista svolge solo una funzione (montaggio o altre lavorazioni), il subfornitore anche altre funzioni (come l'approvvigionamento delle materie prime e la fabbricazione di componenti), mentre il produttore su licenza (che svolge anche la funzione di progettazione) ed il fornitore (che svolge tutte e sei le funzioni compresa quella di commercializzazione) rimangono fuori dalla subfornitura in senso stretto⁷⁰. La classificazione segnala, mediante una semplificazione che fa leva sulle stesse forzature rinvenibili nella distinzione tra fornitura e subfornitura, l'evoluzione dell'attività di partecipazione all'altrui processo produttivo. In questo tipo di attività, che corrisponde ad una definizione allargata di subfornitura, sono a volte comprese sia la funzione di progettazione, sia quella di commercializzazione⁷¹.

⁷⁰ V. GROS-PIETRO G. *Ruolo della subfornitura in un sistema industriale avanzato*, cit., 12.

⁷¹ Secondo GROS-PIETRO G. *Ruolo della subfornitura in un sistema industriale avanzato*, cit., 10, "per subfornitore si intendeva [...] un operatore che prestava una capacità di lavorazione da inserire in un processo altrui, eventualmente approvvigionandosi egli stesso delle materie prime. Nei nuovi schemi di organizzazione industriale [...] la vecchia classificazione appare semplicistica. Molti fornitori di specialità appaiono completamente vincolati ai clienti per quanto riguarda le caratteristiche del prodotto, e non effettuano commercializzazione vera e propria, ma sono tuttavia titolari di una tecnologia di processo e di prodotto che impiegano. In alcuni casi questa titolarità arriva al punto che si parla dei clienti come imprese cave, o svuotate (*hollow company*), detentrici solo di capacità di marketing e di commercializzazione".

L'ultima moda verbale si riferisce sempre più spesso alle relazioni, che implicano un più stretto coordinamento tra le imprese, con termini come partenariato (*partnership, partenariat*) o - con particolare riferimento alla condivisione della funzione progettuale - co-produzione (*comakership, co-traitance*), dall'altra, riserva alla categoria di subfornitura il compito di denominare le relazioni più tradizionali, nelle quali l'impresa subfornitrice si limita alla sola funzione di fabbricazione.

Nonostante la complessità e l'evoluzione del fenomeno, dalle tassonomie passate in rassegna si può derivare una lista di elementi per una definizione descrittiva di una relazione di subfornitura industriale. La lista è la seguente:

- 1) la relazione si instaura tra due imprese⁷²;
- 2) la relazione riguarda il settore industriale (inteso nel senso ristretto di manifatturiero);
- 3) la relazione costituisce un anello di congiunzione tra fasi di un ciclo di produzione manifatturiera;
- 4) il committente predispone le specifiche tecniche, sulla base delle quali il subfornitore realizza, talvolta grazie alla propria tecnologia e capacità di progettazione, prodotti o servizi destinati ad inserirsi nel processo produttivo del committente.

Tali elementi identificativi sembrano far combaciare la definizione di subfornitura con l'accezione invalsa nella prassi⁷³.

⁷² L'elemento può apparire secondario sul piano economico, ma non su quello giuridico dove risulta utile a differenziare la subfornitura dal lavoro a domicilio.

2.2 La dinamica delle relazioni di subfornitura industriale con (particolare) riguardo alla disparità di potere contrattuale

La definizione descrittiva non dice niente riguardo al potere contrattuale dell'impresa committente e di quella subfornitrice. In prima approssimazione, entrambe le tipologie di imprese possono trovarsi nella posizione di chi detiene il maggior potere di mercato o, viceversa, di chi soffre lo stato di dipendenza. Inoltre, le stesse imprese possono trovarsi nella condizione di dipendenza bilaterale che, secondo la teoria dei costi di transazione, sarebbe la norma.

Tuttavia, ad un'analisi più approfondita, l'elemento dell'attinenza ad un ciclo di produzione manifatturiera non è indifferente rispetto alle variabili che determinano differenze - anche in termini di potere contrattuale - tra le relazioni di subfornitura. Combinando queste variabili con la teoria dei costi di transazione si possono individuare 'dimensioni critiche peculiari' delle relazioni di subfornitura. Una prima variabile è determinata dallo stadio del ciclo produttivo sul quale si colloca la relazione. Una seconda variabile è determinata dal grado di conoscenza tecnologica necessaria per lo svolgimento della produzione. Le variabili sono

⁷³ Che il termine sia largamente invalso nella pratica è confermato dallo specchio della realtà, cioè Internet. Basta inserire la parola subfornitura in uno

connesse: generalmente le fasi di produzione più a monte richiedono un minor grado di tecnologia⁷⁴.

Le relazioni di subfornitura tendono, perciò, ad assumere una configurazione stratificata⁷⁵. Il primo livello (più a valle del processo produttivo) mette in relazione l'impresa committente capogruppo, che svolge principalmente funzioni di progettazione, assemblaggio e commercializzazione del prodotto finale, con le imprese subfornitrici di primo livello caratterizzate dal possesso di un insieme di capacità tecnologiche e produttive relativamente uniche per la fornitura di sistemi o componenti complesse. A questo tipo corrisponde una variante contrattuale in base alla quale l'impresa subfornitrice partecipa alla progettazione e all'assemblaggio del prodotto. Il secondo livello è costituito da imprese subfornitrici caratterizzate da competenze tecnologiche meno specializzate, che forniscono beni o servizi con un minore grado di specializzazione e contenuto tecnologico, attenendosi strettamente alle caratteristiche progettuali specificate dall'impresa subfornitrice di primo livello. Di là dal numero dei livelli riscontrabili, è importante sottolineare una costante: scendendo di

qualsiasi dei più accorsi motori di ricerca del Web per avere la fitta mappa dei siti delle imprese italiane che pubblicizzano produzioni dedicate.

⁷⁴ Cfr. INNOCENTI A., *Gerarchia e contratti. Il ruolo dei rapporti di subfornitura tra piccole imprese nell'evoluzione dei distretti industriali*, in *L'industria*, 1998, 391.

⁷⁵ Cfr. AOKI M., *Information, Incentives, and Bargaining in the Japanese Economy*, New York, 1988, trad. it. *La microstruttura della economia giapponese*, Milano, 1991, 269 ss.; BAUDRY B., *Segmentation du marché du travail et segmentation du marché de la sous-traitance: une étude de la firme-reseau*, *Rev. écon. pol.*, 1994, 77.

livello diminuisce il potere contrattuale dell'impresa subfornitrice. La minore competenza tecnologica aumenta il grado di sostituibilità e corrisponde generalmente ad una minore dimensione e propensione al rischio dell'impresa.

Inoltre, l'impresa capogruppo dispone di informazioni private circa l'andamento dei mercati finali. Essa, quindi, può decidere discrezionalmente se ed in quale misura spartire le informazioni private con le imprese subfornitrici con le quali è in contatto. In ogni caso, è più probabile che del flusso informativo si giovino le imprese subfornitrici dei livelli più vicini al mercato finale.

Una terza variabile, che non è necessariamente connessa alla stratificazione dei livelli, è rappresentata dal tipo di produzione oggetto della subfornitura. Generalmente, la produzione richiesta è di tipo altamente specialistico, tuttavia vi sono tipologie di produzioni che sfuggono alla configurazione gerarchica degli stadi del processo produttivo. Si tratta di produzioni di beni o servizi che possono essere venduti indifferentemente ai mercati finali o alle imprese (classici esempi, nel settore automobilistico, sono rappresentati dagli pneumatici o dalle batterie, che sono prodotti da grandi imprese con notevole potere contrattuale).

Anche in una descrizione così stilizzata, occorre tener presente che il potere e la dipendenza contrattuali possono essere valutati solo in concreto e rispetto a ciascuna relazione. L'impresa subfornitrice non è necessariamente sprovvista di potere contrattuale. Intanto, un'impresa può rivestire contemporaneamente

i panni del subfornitore nei confronti dell'impresa collocata sullo stadio più a valle e del committente rispetto all'impresa sullo stadio più a monte (c.d. imprese-cerniera). Inoltre, un'impresa può svolgere la propria attività sia sul mercato dei prodotti finali, sia su quello dei prodotti intermedi (come negli esempi della produzione di pneumatici e di batterie per automobili).

Con queste precisazioni, la descrizione è in grado di portare in evidenza una dimensione critica che nella teoria dei costi di transazione rimane in ombra: l'informazione. Nelle relazioni di subfornitura i flussi informativi acquistano particolare importanza rispetto ai mercati finali ed alle conoscenze tecnologiche⁷⁶.

La peculiare asimmetria informativa delle relazioni di subfornitura drammatizza il problema dell'*hold up* innescato dalla natura tendenzialmente dedicata della produzione richiesta. L'impresa subfornitrice deve, soprattutto nella fase iniziale, sopportare gli investimenti specifici più consistenti (in termini di capitale fisso), ma è scoraggiata a farlo dalla struttura del mercato che le limita le alternative e la espone a rischi incontrollabili. Se, nonostante la reticenza dell'impresa subfornitrice, la relazione si instaura, si pone il problema degli investimenti in capitale umano (che, si è visto, generalmente riguardano le imprese). Per ciò che concerne la dimensione informativa della relazione, l'impresa subfornitrice, quando dispone di informazioni tecnologiche (l'unica

⁷⁶ L'importanza dei flussi informativi emerge, ad esempio, dall'analisi di HELPER S. e LEVINE D. I., *Long-term Supplier Relations and Product-Market Structure*, 8 *Journal of Law, Economics and Organization* 3 (1992).

delle due tipologie di informazioni private sopra individuate di cui può disporre) sarà tendenzialmente disincentivata a trasmetterle all'impresa committente, che, potrebbe interrompere la relazione, e passare le informazioni ad altra impresa subfornitrice. L'impresa committente ha incentivi diametralmente contrapposti. Se decide di non integrare e di entrare in relazione, non effettuerà investimenti specifici, poiché questo potrebbe esporla al rischio di una dipendenza bilaterale e costringerla a rinunciare ad una parte delle quasi rendite di cui si può appropriare in una situazione di dipendenza che affligga la sola impresa subfornitrice. Per la stessa ragione, non avrà incentivi a trasmettere informazioni tecnologiche o riguardanti l'andamento dei mercati finali, se non nella misura strettamente necessaria all'esecuzione della prestazione.

Se la relazione si instaura sulla base degli incentivi descritti, l'impresa committente le darà, con tutta probabilità, la forma di un flusso di contratti spot (relazione di mercato). L'impresa committente, di fronte alla minima perturbazione sfavorevole, può decidere di interrompere la relazione, e nuovamente integrare la fase esternalizzata, o rivolgersi ad altri subfornitori. L'impresa committente può trovarsi nelle condizioni di mercato che le garantiscono un ampio parco di subfornitori alternativi, ma può, se dotata di grandi dimensioni, creare *ad hoc* tali condizioni. Laddove non arriva la mano invisibile del mercato vi giunge quella visibile della grande impresa. Quest'ultima può incorporare proprie divisioni

aiutandole a diventare imprese subfornitrici autonome (ma dipendenti economicamente).

Una tale struttura di governo, basata su un approccio *arm's lenght*, non solo mette l'impresa committente nella condizione di appropriarsi della (pur modesta) quasi rendita di controparte, ma, nella prospettiva della teoria dei costi di transazione, è inefficiente perché riduce gli incentivi ad investire cooperativamente. C'è, inoltre, da rimarcare un altro profilo, l'esilità della documentazione contrattuale ovvero l'incompletezza dei contratti scritti, in questa tipologia di relazioni, può non essere l'effetto di una razionalità limitata condivisa da entrambe le parti, ma un'imposizione strategica (più che razionale) del committente, ovvero la modalità più semplice per evitare flussi informativi indesiderati.

Come alternativa a questa struttura di governo, l'impresa committente può dare un'impronta ibrida alla relazione. In altri termini, può garantire l'impresa subfornitrice con una relazione di lungo periodo (relazione integrata)⁷⁷. Non è detto che tale garanzia assuma i lineamenti di un contratto scritto di lungo periodo assistito da salvaguardie, poiché il prolungamento della relazione potrebbe essere assicurato con impegni informali. Per incentivare ulteriormente l'impresa subfornitrice ad investire, l'impresa

⁷⁷ Un'analisi economica e giuridica delle relazioni di subfornitura di carattere partenariale con riferimento al Regno Unito è in COLLINS H., *Quality Assurance in Subcontracting*, in DEAKIN S. e MICHIE J., *Contracts, Co-operation, and Competition*, Oxford, 1997, 285; una ricognizione di taglio esclusivamente economico si rinviene in BAUDRY B., *Partenariat et sous-traitance: une*

committente potrebbe decidere di trasmettere informazioni sui mercati finali (ad esempio, il ciclo di vita del prodotto finale), programmando congiuntamente con l'impresa subfornitrice gli ordinativi. Inoltre, l'impresa committente potrebbe decidere di trasmettere informazioni tecnologiche all'impresa subfornitrice per metterla in condizione di migliorare la qualità della produzione. Ma questa strategia contrattuale col tempo espone l'impresa committente alla dipendenza (per lo meno bilaterale) e provoca un problema di asimmetria finora taciuto. Si tratta di un'asimmetria a parti invertite, che pesa cioè a favore dell'impresa subfornitrice. Quest'ultima, forte della garanzia della relazione di lungo periodo, può comportarsi opportunisticamente e diminuire la qualità dei prodotti. Ecco perché, anche in caso di relazione di lungo periodo, l'impresa committente farà sentire il peso della sua mano visibile e perseguirà, per tipologie affini di beni o servizi, una politica di rifornimento parallelo di due o più subfornitori.

In prima approssimazione, è più probabile che relazioni integrate si stabiliscano tra i livelli di subfornitura più a valle del processo produttivo e viceversa.

Il modello di analisi delle relazioni di subfornitura qui ricostruito fornisce solo indicazioni di massima che vanno contestualizzate e calibrate sulle caratteristiche del mercato dove la relazione si colloca. A seconda dello stadio del processo

approche par la théorie des incitations, in *Revue d'économie industrielle*, 1993, 51.

produttivo, del settore industriale (che influisce sulla tecnologia e sulla natura degli investimenti specifici)⁷⁸, e del sistema di produzione gerarchico (con una grande impresa capofila) o diffuso (costituito da un rete di piccole e medie imprese), le differenze tra relazioni tra diversi livelli possono variare notevolmente.

Di là dall'astrazione del modello, c'è però un punto che emerge con chiarezza: la disparità di potere contrattuale e la dipendenza non trovano causa solo nell'incrocio tra incompletezza contrattuale, opportunismo e investimenti specifici, ma sono anche le risultanti di condizioni di mercato. Questo ragionamento rende sterile qualsiasi tentativo di effettuare una retrospettiva storica delle cause che hanno condotto un'impresa a trovarsi in una situazione economica.

In proposito, non si può condividere l'affermazione di Coase secondo la quale i subfornitori si possono sempre difendere da soli evitando di concentrare il proprio fatturato su uno o pochi clienti. Essa è smentita dai fatti, ovvero dai rilievi empirici sulla subfornitura (ad esempio, italiana) che segnalano come le elevate quote di fatturato per cliente o addirittura le situazioni di c.d.

⁷⁸ Sul settore aerospaziale v., in riferimento alla Francia e all'Italia, KECHIDI M., *Coordination inter-entreprise et relations des sous-traitance: le cas d'aérospatiale*, in *Revue d'Economie Régionale et Urbaine*, 1996, 99; ESPOSITO E., *Gerarchia di imprese ed evoluzione dei rapporti di subfornitura: il caso dell'industria aeronautica*, in *L'industria*, 1996, 321; ESPOSITO E. e RAFFA M., *L'evoluzione del total quality management nelle piccole imprese subfornitrici del settore aeronautico: il caso francese e quello italiano*, in *Piccola impresa*, 1994, 113.

monocommittenza non siano un fenomeno marginale rispetto alle piccole e medie imprese⁷⁹.

Inoltre, la dimensione ed il profilo tecnologico dell'impresa condizionano *ex ante* la sua collocazione sul mercato e quindi il suo potere contrattuale. E' ovvio che non sono motivi capricciosi o scarsa razionalità che induce le piccole imprese giapponesi a collocarsi nei livelli più bassi delle piramidi di subfornitura, tant'è che il loro incentivo più forte è rappresentato dalla possibilità di poter scalare i livelli e diventare imprese di prim'ordine.

Quanto detto tornerà utile nel momento in cui sarà analizzato il modo col quale i giuristi adoperano la categoria della dipendenza economica.

2.3 I contratti di subfornitura industriale

Il modello di analisi economica appena illustrato appare corroborato da una disamina superficiale dei contratti (scritti) di

⁷⁹ Ad esempio, in una recente indagine sulla subfornitura del legno-mobili in Friuli-Venezia Giulia si rileva sì che le imprese subfornitrici dispongono mediamente di un buon parco committenti, ma si finisce per concludere che, analizzando i dati sulla concentrazione del fatturato, la quota sui tre principali committenti è del 72 %, il che significa, in altre parole, che la sopravvivenza dell'impresa dipende dall'andamento di poche relazioni contrattuali (cfr. TRACOGNA A., *Le problematiche di sviluppo e i percorsi evolutivi delle imprese subfornitrici*, 121-122).

subfornitura industriale⁸⁰. Prima di dar conto di tale disamina, è necessaria una premessa di natura metodologica. L'analisi ravvicinata dei documenti contrattuali sconta inevitabilmente l'esiguità e la frammentarietà dei dati attualmente a disposizione⁸¹. Non esistono indagini empiriche che facciano riferimento ad un'unica definizione di subfornitura. Le indagini a disposizione, a volte, si riferiscono specificatamente ad un solo comparto industriale, altre, sono puntate su realtà assai allargate. Inoltre, le stesse indagini, generalmente, trascurano i dati che consentirebbero di tracciare più precisamente i lineamenti dei contratti. Si rinvencono, per lo più, osservazioni sporadiche e superficiali sul grado di formalizzazione dei contratti, ma difettano precise ricostruzioni che mettono in correlazione le variabili dei sistemi di produzione e dei comparti industriali col modo di concepire i contratti. Infine, mancano quasi del tutto tentativi di verificare dati giuridici come il numero di controversie portate davanti ai giudici e l'atteggiamento della prassi nei confronti delle istituzioni collegate alle relazioni contrattuali, in quanto l'accento viene generalmente posto sulle norme informali.

Ciò premesso, i modelli e le guide contrattuali possono rappresentare una prima chiave d'accesso al mondo dei contratti

⁸⁰ Per una prima radiografia dei contratti con riferimento ai rapporti di subfornitura integrata v. PARDOLESI R., *Subfornitura industriale e diritto: un rapporto difficile*, cit., 141.

⁸¹ Su questo problema v., in generale, LYONS B. R., *Empirical Relevance of Efficient Contract Theory: Inter-firm Contracts*, 12 *Oxford Review of Economic Policy* 27 (1996).

formalizzati di subfornitura⁸². Da questi documenti emerge la presenza costante di alcune clausole cruciali. E' necessario passarle rapidamente in rassegna, col duplice scopo di verificare in concreto gli elementi di identificazione della relazione di subfornitura sopra delineati e di far emergere con più chiarezza la trama degli interessi, cooperativi ed antagonistici, che fanno capo ai protagonisti delle relazioni contrattuali:

1) clausole riguardanti le specifiche tecniche. Si tratta del primo snodo cruciale del contratto, attraverso il quale è possibile leggere l'elemento della partecipazione da parte del subfornitore al processo produttivo del committente. Generalmente, il contratto fa rinvio ad un allegato tecnico che contiene le vere e proprie specifiche, le quali possono assumere la forma di spiegazioni discorsive, progetti e disegni tecnici o, a loro volta, rinviare a modelli e prototipi messi a disposizione dal committente. Spesso, inoltre, si richiamano norme tecniche che garantiscono standard di qualità e sicurezza;

⁸² Cfr., fra gli altri, *Guida pratica sugli aspetti giuridici della subfornitura industriale nella Comunità europea, vol.I (Il contratto di subfornitura)*, a cura della Commissione della Comunità Europea, Lussemburgo, 1990; CONFARTIGIANATO, CONFINDUSTRIA, COMITATO PICCOLA INDUSTRIA, FINMECCANICA, *Schema con varianti alternative di condizioni generali applicabili alle ordinazioni di materiali nel settore meccanico*, Roma, 1990; GALGANO F., *Un contratto di subfornitura*, in *Contratto e impresa*, 1987, n.1, 347 ss.; i modelli di contratto dell'*Organisme de liaison des industries métalliques européennes* (O.R.G.A.L.I.M.E.) riportati in traduzione italiana in BORTOLOTTI F., *I contratti di subfornitura*, Padova, 1999, 370 ss.; CARRA, *Modello commentato di contratto di fornitura OEM (original equipment manufacturer)*, Milano, 1988.

2) controllo di qualità e garanzia per i vizi. Ovviamente, l'interesse del committente spingerà verso il maggiore allargamento possibile della garanzia. Nelle relazioni più complesse il controllo di qualità risponde alle logiche del *total quality management*;

3) termini e modalità di consegna. L'interesse del committente è quello del rigoroso rispetto dei termini di consegna, il subfornitore all'opposto cercherà di inserire correttivi che gli consentano un qualche margine di deroga. La logica del rigoroso rispetto della tempistica di consegna trova la sua massima espressione nella tecnica del *just in time*, che mira ad annullare la necessità di scorte di magazzino;

4) prezzo;

5) termini e modalità di pagamento. Il committente ha, generalmente, interesse ad ottenere cospicue dilazioni di pagamento, mediante le quali conserva un potere ricattatorio ed attua, qualora il subfornitore non abbia la forza contrattuale di ottenere un adeguato tasso d'interesse, una forma impropria di finanziamento;

6) materiali ed attrezzature per l'esecuzione della subfornitura. Vi sono forme di subfornitura nelle quali i materiali (spesso semilavorati) sono forniti dal committente e ciò spinge le parti a disciplinare profili come la consegna ed il controllo degli stessi materiali. In altre forme di subfornitura è necessario fare ricorso ad attrezzature speciali delle quali il subfornitore può non essere

dotato all'inizio della relazione. L'interesse del subfornitore si muove verso la predisposizione di meccanismi contrattuali di contribuzione da parte del committente o di ammortamento, mediante apposita programmazione dei volumi di produzione, delle spese per l'acquisto delle attrezzature. In generale, si può aggiungere che il subfornitore punta ad ottenere e conservare la proprietà delle attrezzature qualora la natura delle stesse non escluda la possibilità di un nuovo utilizzo per un futuro contratto con un diverso committente. Ma in questa prospettiva il subfornitore può dover fronteggiare l'interesse opposto del committente ove quest'ultimo intrattenga rapporti con altri subfornitori che possano giovare delle stesse attrezzature;

7) diritto di visita del committente. Il committente, solitamente, cerca di ottenere un diritto di visita degli stabilimenti del subfornitore quanto mai penetrante, tanto da essere esteso a volte all'esame (ad esempio, mediante indagini sulle scritture contabili) dei profili gestionali e finanziari dell'impresa subfornitrice;

8) beni immateriali (intesi in senso lato, ovvero comprendenti diritti d'autore, brevetti, marchi, *know how* ed informazioni riservate). Si tratta di un profilo contrattuale estremamente complesso a cui è possibile solo fare un accenno. Nel caso di diritti di proprietà intellettuale in capo al subfornitore, generalmente, il committente chiederà l'inserimento di una clausola che lo garantisca da eventuali azioni di terzi per violazioni dei propri diritti di proprietà intellettuale. Se, invece, i diritti di proprietà intellettuale

spettano originariamente al committente, questi avrà interesse a proteggerli mediante licenze che limitino e disciplinino i diritti di sfruttamento del subfornitore. Un ulteriore motivo di contrasto può essere rappresentato dal marchio (del subfornitore o del committente) da apporre sulle componenti e sui sistemi prodotti dal subfornitore, in quanto l'impresa committente, soprattutto se commercializza il prodotto finito, può avere interesse a presentarlo al consumatore come il frutto della propria produzione;

9) divieto di avvalersi di terzi subfornitori. Il committente può avere interesse a ricevere i prodotti o i servizi solo dall'impresa subfornitrice che già conosce o che può monitorare mediante il diritto di visita.

A questo nucleo centrale di clausole si va ad aggiungere una serie di altri patti, quando il contratto assume, esplicitamente e fin dall'inizio della relazione, la dimensione temporale del lungo periodo (cioè, della relazione integrata). Anzi, prima ancora della presenza di tali patti aggiuntivi, è la stessa struttura negoziale che segnala il cambiamento della dimensione temporale. Tale struttura prende, generalmente, la forma articolata del contratto quadro⁸³, che contiene gli impegni validi per il lungo periodo, e dei contratti attuativi, che recano la parte 'morbida' dell'accordo soggetta ad aggiustamenti e modifiche.

⁸³ Il punto è rilevato da PARDOLESI R., *Subfornitura industriale e diritto: un rapporto difficile*, cit., 143; nonché GATSI J., *Le contrat-cadre*, Paris, 1996, 88 ss.

Nel contratto quadro sarà facile rinvenire le seguenti tipologie di clausole:

1) disciplina dei contratti attuativi, o come si dice in gergo, degli ordinativi. Si tratta della regolamentazione della forma e delle procedure di proposta ed accettazione dei singoli ordinativi;

2) programmazione degli ordinativi. Sarà soprattutto interesse del subfornitore disporre di un'adeguata programmazione degli ordinativi che lo metta in condizione di calibrare i ritmi di produzione e di calcolare più precisamente il prezzo;

3) possibilità di modificare le specifiche tecniche. Questa possibilità risponde all'esigenza del committente che rilevi, in corso di rapporto, l'inadeguatezza o l'obsolescenza delle specifiche originarie;

4) clausole di adeguamento del prezzo. Più si allunga l'orizzonte temporale della relazione più il subfornitore punterà ad ottenere l'inserimento di meccanismi di adeguamento del prezzo;

5) disciplina della forza maggiore. Può essere oggetto di particolare attenzione, in quanto il semplice ritardo del subfornitore nell'esecuzione della propria prestazione può causare il fermo di produzione del committente, soprattutto nell'ambito delle tecniche di coordinamento come il *just in time*;

6) durata e rinnovo del contratto. Generalmente non è previsto il rinnovo automatico. Anche nelle relazioni più tese alla stabilità le parti tendono ad agevolare i meccanismi di uscita. Per questa stessa ragione non è facile riscontrare la presenza di clausole di esclusiva.

Queste clausole relativamente costanti vengono modificate e completate da altre secondo parametri che agiscono in funzione di variabili come il tipo di prestazione del subfornitore (beni o servizi) o il comparto industriale.

Altre clausole saranno rinvenibili nel caso in cui al contratto debba essere conferita anche una dimensione internazionale. Non è necessario soffermarsi su questo aspetto, in quanto le clausole connesse alla dimensione internazionale, come il ricorso agli Incoterms, la scelta della legge applicabile e così via, sembrano sprovviste di una particolare connotazione nell'ambito della subfornitura industriale.

3. Alternative istituzionali e relazioni contrattuali di subfornitura: il difficile rapporto tra legal process e logica economica

3.1 L'ondivago contesto istituzionale delle relazioni di subfornitura industriale

Nell'analisi della subfornitura industriale si incrociano i temi della dimensione ottimale dell'impresa e delle relazioni tra grandi e

piccole imprese⁸⁴. I modelli analitici delle relazioni di subfornitura industriale, cui si è fatto riferimento in precedenza, fanno leva su un ragionamento che guarda al processo produttivo deverticalizzato come ad un'architettura piramidale di divisione del lavoro tra imprese. Sebbene il ragionamento semplifichi una realtà che - si è già rilevato - differisce a seconda del mercato in considerazione, esso non di meno trova fondamento storico. Come si è accennato in apertura, le prime forti spinte alla disintegrazione sono evidenti a partire dagli anni '70, quando i sistemi di produzione sono dominati dalle grandi imprese verticalmente integrate. Di fronte a periodi di crisi, all'intensificazione della concorrenza ed a ripetute turbolenze, la grande impresa integrata va alla ricerca di nuove forme di organizzazione interna ed esterna. In particolare, essa si concentra su funzioni strategiche (come la ricerca e sviluppo) e ricorre più estesamente all'esternalizzazione di fasi manifatturiere affidate ad imprese di minori dimensioni. *'Small is beautiful'* diviene lo slogan della propaganda revisionista dell'epoca⁸⁵.

Il fenomeno si è reso particolarmente evidente in Italia dove ha assunto l'etichetta di decentramento produttivo. Il dibattito italiano degli anni '70 sul decentramento produttivo, benché talvolta

⁸⁴ Per una panoramica sul tema della dimensione ottimale v. BECCATTINI G. introduzione a STEINDL J., *Piccola e grande impresa. Problemi economici della dimensione dell'impresa*, Milano, 1990, 7.

⁸⁵ Lo slogan è tratto da un libro molto citato e poco letto, ovvero SCHUMACHER E.F., *Small is beautiful. A Study of Economics as if People Mattered*, London, 1973, trad. it., *Piccolo è bello. Uno studio di economia come se la gente contasse qualcosa*, Milano, 1978, rist. 1998, che è una raccolta di

esasperato dalle contrapposizioni ideologiche dell'epoca, può essere preso ad esempio del confronto tra posizioni favorevoli e contrarie ai sistemi con elevato grado di disintegrazione verticale⁸⁶.

Su due delle tante questioni sollevate in quel periodo conviene soffermarsi in questa sede. La prima questione attiene alla natura patologica-contingente o fisiologica-permanente del decentramento produttivo. La seconda alla idoneità delle piccole e medie imprese a costituire il motore di sistemi decentrati.

Riguardo alla prima questione, la posizione teorica propensa ad identificare una natura patologica-contingente nel decentramento, insisteva sullo sfruttamento del lavoro e sulla subordinazione delle piccole imprese quali effetti negativi del fenomeno. Le spinte al decentramento da parte della grande impresa sarebbero determinate prevalentemente da sbalzi della domanda e da alcune caratteristiche delle piccole imprese come il minore costo del lavoro e la

articoli il cui filo conduttore è rappresentato da una critica allo sviluppo - dimensionalmente sproporzionato rispetto all'ambiente - di tipo capitalistico.

⁸⁶ L'inizio del dibattito si deve ad un'indagine empirica condotta da Frey, il quale ne trasse un modello economico non formalizzato, che sottopose a discussione. Il modello di Frey ed i saggi che lo discutono sono raccolti nei numeri 7 e 8 di *Economia e politica industriale* del 1974. V., successivamente, AA.VV., *Ristrutturazioni industriali e rapporti fra imprese. Ricerche economico-tecniche sul decentramento produttivo*, VARALDO R. cur., cit.. Per una sintesi v. FERRANDO P.M., *Subfornitura e approvvigionamenti nell'evoluzione del sistema aziendale*, cit., 60 ss.. Il dibattito ha avuto riflessi in campo giuridico sia sotto il profilo lavoristico, per l'incrocio con i problemi del divieto di intermediazione e della regolamentazione del lavoro a domicilio (v., riassuntivamente, ZANELLI P., *Decentramento produttivo*, in *Digesto comm.*, vol. IV, Utet, Torino, 1989, 226; ma ora la problematica del lavoro a domicilio è esaurientemente trattata da NOGLER L., *Lavoro a domicilio. Art. 2128*, in *Il codice civile. Commentario* diretto da SCHLESINGER P., Milano, 2000), sia sotto quello commercialistico (v.

marginalizzazione dell'azione sindacale. In base a questa lettura, le piccole imprese sarebbero sostanzialmente subordinate alle imprese decentranti e ne subirebbero passivamente le decisioni, senza prospettive di sviluppo. Una seconda posizione teorica vedeva nel decentramento un fenomeno essenzialmente positivo e strutturale. Le spinte al decentramento, in questa seconda prospettiva, deriverebbero dalla flessibilità e specializzazione che caratterizzano le imprese di piccole dimensioni. I rapporti tra impresa decentrante e impresa decentrata sarebbero spesso connotati da un notevole margine di autonomia decisionale della seconda, la quale godrebbe di un certo potere contrattuale e di concrete possibilità di consolidamento e sviluppo.

Per quanto concerne la seconda questione, da una parte, si era propensi a sostenere che la grande impresa fosse l'unico centro decisionale in grado di governare il processo di decentramento⁸⁷, dall'altra, si metteva l'accento sull'esistenza in Italia di alcuni gruppi localizzati di piccole e medie imprese capaci di autorganizzarsi in forma di sistema di produzione decentrato.

Tutte le chiavi di lettura contengono elementi di verità. Spesso, infatti, le varie tipologie di decentramento si sovrappongono e si confondono. A seconda del settore industriale o della zona geografica, può prevalere una forma evoluta o arretrata di

BIN M., *La piccola impresa industriale*, Bologna, 1983; DENOZZA F., *Imprese artigiane e decentramento produttivo*, in *Riv. dir. comm.*, 1976, 810 ss.).

⁸⁷ Si tratta del c.d. indotto industriale di cui è espressione tipica l'area torinese sorta attorno alla Fiat.

decentramento⁸⁸. Ne è riprova proprio l'attuale panorama italiano, dove accanto ad una generale spinta verso i sistemi decentrati evoluti permangono pratiche arretrate o sacche di fenomeni patologici⁸⁹.

Da un punto di vista più generale, occorre rilevare che col tempo la chiave di lettura fisiologico-strutturale del decentramento si è dimostrata profetica⁹⁰. Il decentramento è diventato il terreno di affermazione del nuovo paradigma della produzione flessibile. Inoltre, nonostante recenti sollecitazioni congiunturali abbiano rilanciato il ruolo della grande dimensione, i sistemi e le reti localizzate di piccole e medie imprese hanno dimostrato, almeno rispetto a determinati contesti e cicli economici, di poter ottenere ottime performance.

La teoria dei costi di transazione, con lo studio delle forme ibride, ed altre moderne prospettive di analisi economica⁹¹, hanno

⁸⁸ Si pensi ai problemi di sviluppo dei sistemi di subfornitura nel Mezzogiorno d'Italia (v. COMINOTTI R., *La sub-fornitura industriale nel Mezzogiorno*, in *Rivista economica del Mezzogiorno*, 1994, 113; FRATTALI L., *Situazioni e prospettive dell'attività di subfornitura nel Mezzogiorno con particolare riferimento all'industria meccanica*, in AA.VV., *Ristrutturazioni industriali e rapporti fra imprese. Ricerche economico-tecniche sul decentramento produttivo*, cit., 209).

⁸⁹ Una piaga mondiale è invece rappresentata dalla delocalizzazione di fasi manifatturiere presso paesi a basso costo di lavoro, quando ad essa si accompagnano vere e proprie forme di sfruttamento.

⁹⁰ Anche i giuslavoristi sembrano oramai convinti del carattere essenzialmente fisiologico del fenomeno v. ICHINO P., *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa. La disciplina della segmentazione del processo produttivo e dei suoi effetti sul rapporto di lavoro*, relazione al convegno "Giornate di studio dell'AIDLaSS", Trento 4 e 5 giugno 1999 leggibile sul sito Internet http://www.univr.it/aidlass/ichino_99.html.

⁹¹ Si pensi al filone degli studi che utilizza l'approccio reticolare.

provveduto al fondamento logico dei sistemi decentrati (o deverticalizzati) di successo come i gruppi giapponesi di subfornitura ed i distretti industriali (soprattutto quelli) italiani, cui conviene volgere per un attimo lo sguardo.

I gruppi giapponesi di subfornitura sono sistemi di produzione manifatturiera ad alto grado di disintegrazione verticale⁹², che, secondo la più classica modellizzazione, presentano una struttura spiccatamente piramidale in cima alla quale si colloca una grande impresa capogruppo⁹³. Una delle caratteristiche più rilevanti dei gruppi sembra essere un intenso scambio di informazioni tra le imprese sia in senso verticale (tra i subfornitori di diverso livello), che in senso orizzontale (tra subfornitori dello stesso livello)⁹⁴.

⁹² Per un'interessante panoramica del sistema di produzione giapponese in chiave interdisciplinare v. WHITTAKER D.H., *Small firms in the Japanese Economy*, New York, 1997.

⁹³ Una nitida descrizione dei gruppi di subfornitura operata in comparazione con la struttura dell'impresa americana è leggibile in AOKI M., *La microstruttura della economia giapponese*, cit., 262 ss.. Per avere un'idea quantitativa della disintegrazione verticale si può fare riferimento ad una ricerca giapponese del 1977, secondo la quale "una delle principali imprese produttrici di automobili (il cui nome non viene citato, ma che può essere identificata con la Toyota) aveva relazioni dirette di primo ordine con 122 imprese fornitrici e relazioni indirette con 5.437 subfornitori di secondo ordine e 41.703 subfornitori di terzo ordine" (così AOKI M., *La microstruttura della economia giapponese*, cit., 263).

⁹⁴ La trasmissione delle informazioni avviene principalmente attraverso il sistema del *kanban*, una scheda contenente gli ordinativi e le notifiche di consegna, che compie un percorso in discesa ed in salita lungo le varie fasi del processo produttivo cui corrispondono le diverse relazioni contrattuali tra le imprese di fase: "il reparto produttivo che riceve il *kanban* dalle fasi finali di assemblaggio trasmette a sua volta i propri ordini o *kanban* ai reparti collocati immediatamente a monte, e, attraverso tale flusso circolare di *kanban*, la catena di relazioni bilaterali ordini-consegne tra reparti connessi in modo diretto nel ciclo produttivo si estende ai fornitori esterni che sono legati all'impresa da

Altre caratteristiche notevoli dei gruppi sono alcune soluzioni di coordinamento tra le imprese di diverso livello come il *just in time*⁹⁵, il *total quality management*⁹⁶, ed i meccanismi di interdipendenza verticale ed orizzontale (come contratti di lungo periodo, partecipazioni azionarie incrociate, associazioni tra subfornitori).

Proprio i gruppi giapponesi hanno ispirato le analisi che mettono in evidenza come le imprese situate sugli stadi più a valle del processo produttivo siano dotate di un maggior potere contrattuale che utilizzano per punire o premiare le proprie imprese subfornitrici. Tuttavia, solitamente, si pone l'accento sul fatto che nel complesso il sistema sembra propendere verso la stabilità delle relazioni, dando vita ad una peculiare distribuzione dei rischi⁹⁷.

rapporti contrattuali di lungo termine" (così AOKI M., *La microstruttura della economia giapponese*, cit., 47). Sul piano orizzontale la trasmissione delle informazioni è agevolata dal fatto che molte imprese subfornitrici, almeno quelle che si collocano sui livelli più alti della piramide, appartengono a più gruppi di subfornitura contemporaneamente. Inoltre, nel sistema giapponese si riscontrano associazioni di subfornitori che rappresentano la sede per lo scambio di informazioni sui metodi e sulle modalità di produzione.

⁹⁵ Il *just in time* è una soluzione manageriale che consente di ridurre il bisogno di scorte tra le varie fasi del processo produttivo. Il sistema si basa sull'efficienza dei flussi informativi, che consentono alla produzione di farsi trainare dalle esigenze di mercato. Le segnalazioni delle esigenze provenienti dal mercato vengono trasmesse alla produzione, e ciò consente una riduzione delle quantità medie di produzione consegnata dal fornitore correlata ad un aumento della frequenza e della tempestività del rifornimento.

⁹⁶ Il *total quality management* si basa essenzialmente sull'eliminazione dei controlli in entrata, consentita dalla certificazione del processo produttivo piuttosto che del prodotto.

⁹⁷ I rischi di fluttuazioni cicliche legati ad una specifica linea di produzione sono in parte sopportati dal produttore finale in cambio di un abbassamento del prezzo delle componenti. Più in particolare, "l'impresa manifatturiera principale assorbe una parte dei rischi specifici connessi alla transazione contrattuale,

Spesso, inoltre, si enfatizza il fatto che il particolare modo di concepire le relazioni intersoggettive nella società giapponese funge da fattore stabilizzante. Ma non è mancato chi ha messo in evidenza come esso non sembri l'unico o il più importante elemento per dare una spiegazione del modo di atteggiarsi delle relazioni tra imprese⁹⁸.

Occorre ora accennare anche ai distretti industriali⁹⁹. La teoria sui distretti italiani è oggi particolarmente sviluppata, grazie anche

agendo come assicuratore parziale per le imprese subfornitrici di ordine inferiore, avverse al rischio, ed appropriandosi di una posizione relativamente più grande della quasi rendita relazionale, come sorta di premio assicurativo" (così AOKI M., *La microstruttura della economia giapponese*, cit., 288).

⁹⁸ "La mistica della contrattazione è che i giapponesi hanno una maggiore propensione a cooperare" [...] "Non c'è niente di romantico o di delicato nelle prassi di subappalto [*rectius*, subfornitura] giapponesi. Ciò che sembra distinguerle è che ormai sono ad un livello di perfezione non osservato altrove. In parte ciò può dipendere dal fatto che i giapponesi hanno capito che l'integrazione verticale è l'ultima risorsa" (così WILLIAMSON O.E., *I meccanismi del governo. L'economia dei costi di transazione: concetti, strumenti, applicazioni*, cit., 440-441).

⁹⁹ L'espressione 'distretto industriale' fu coniata da Alfred Marshall, ma l'elaborazione moderna del corrispondente modello concettuale è opera di economisti e di altri scienziati sociali (in gran parte italiani), che hanno avuto occasione di studiare da vicino questo tipo di organizzazione industriale. Secondo un autorevole economista italiano, i distretti industriali sono "aree industriali che presentano particolari caratteristiche spaziali, economiche e sociali. I principali elementi distintivi del distretto industriale sono: a) un ambito territoriale abbastanza ristretto (in generale meno di una provincia e più di un comune), non invariabile nel tempo, ben connesso da via di comunicazione interne; b) una popolazione di famiglie che vivono e perlopiù, lavorano in tale ambito; c) una popolazione di imprese manifatturiere piccole e/o medio-piccole, indipendenti le une dalle altre e operanti prevalentemente nel territorio: popolazione composta da gruppi di imprese, ognuno specializzato in qualche fase del processo produttivo complessivamente caratterizzante il distretto (per es., filatura, tessitura, tintura ecc., nel processo tessile); d) una rete di relazioni commerciali con l'esterno, per l'acquisto di materie prime e ausiliarie e di macchine e, soprattutto, per la vendita dei prodotti «tipici» del distretto; e) una specifica «cultura» (valore del lavoro, della famiglia, del risparmio;

alle numerose ricerche sul campo volte a mettere in relazione i dati empirici con i modelli concettuali¹⁰⁰.

Tra le caratteristiche più rilevanti del distretto, vi sono la natura localizzata e la ridotta dimensione media delle imprese che lo compongono.

Alcuni studi sui distretti industriali, che fanno uso anche della teoria dei costi di transazione, evidenziano l'assenza di marcate asimmetrie dimensionali e l'elevato grado di sostituibilità delle imprese, quali fattori idonei a temperare i rischi e le spinte a

atteggiamento verso il rischio ecc.) e una propria «rete istituzionale» (usi e costumi commerciali, associazionismo economico, sociale e politico, scuole specializzate ecc.), risultanti da un processo storico di adattamento reciproco fra le condizioni di riproduzione sociale e quelle di competitività esterna del distretto; f) di conseguenza, un'immagine unitaria e dei caratteri tipici, riconosciuti dai membri del distretto e dai loro interlocutori esterni; g) infine, un forte senso di appartenenza e di identificazione da parte dei componenti” (così BECCATTINI G., *Distretti industriali*, in *Enciclopedia dell'economia Garzanti*, Milano, 1992, 396). In Italia si è, peraltro, tentato anche di racchiudere il concetto in una definizione legislativa (si tratta dell'art. 36, primo comma, della l. 5 ottobre 1991, n. 317 per l'innovazione e lo sviluppo delle piccole imprese, secondo la quale “si definiscono distretti industriali le aree territoriali locali caratterizzate da elevata concentrazione di piccole imprese, con particolare riferimento al rapporto tra la presenza delle imprese e la popolazione residente nonché alla specializzazione produttiva dell'insieme delle imprese”).

¹⁰⁰ V, tra i contributi più significativi, AA.VV., *La dinamica dei sistemi produttivi territoriali: teorie, tecniche, politiche*, BRAMANTI A. e MAGGIONI M.A. cur., Milano, 1997; AA.VV. *Piccole imprese e distretti industriali: una raccolta di saggi*, BRUSCO S. cur., Torino, 1989; AA. VV., *Mercato e forze locali: il distretto industriale*, BECCATTINI G., cur., Milano, 1987. I distretti industriali, com'è noto, non sono un'esclusiva italiana, si pensi ai distretti industriali inglesi nati nel secolo scorso (e che ispirarono la teorizzazione di Marshall), ai distretti tedeschi, ai distretti *hi-tec* statunitensi come la Sylicon Valley o agli stessi sistemi di produzione giapponesi che hanno caratteristiche distrettuali.

comportamenti opportunistici¹⁰¹. Non mancano riferimenti alle norme informali le quali contribuirebbero a bilanciare la competizione con la cooperazione.

Si è ultimamente messo in evidenza che le relazioni di subfornitura nei distretti si sono progressivamente evolute dal contoterzismo, cui corrispondeva il massimo grado di dipendenza dalle imprese committenti alla forma intermedia di capacità fino a quella più evoluta di specialità. Tale evoluzione dipenderebbe essenzialmente da due fattori. In primo luogo, si sarebbe verificato un incremento del livello tecnologico medio della produzione, che spingerebbe le piccole imprese a specializzarsi nel proprio *core business* esternalizzando irreversibilmente le altre fasi produttive creando rapporti stabili con un numero ristretto di subfornitori e moltiplicando i livelli di subfornitura. In secondo luogo, l'evoluzione dei mercati dei beni di consumo tradizionale, ai quali si rivolgono i distretti - la cui produzione si concentra soprattutto sui tre macro-settori del sistema moda (tessile, abbigliamento, pelli, calzature, occhiali), il sistema casa (legno, mobili, ceramica, accessori) e la meccanica strumentale - risiederebbe nell'importanza sempre maggiore di elementi diversi dal prezzo e dalla riduzione del ciclo di vita del prodotto. Questo secondo fattore porterebbe alla specializzazione di alcune imprese

¹⁰¹ Cfr. DEI OTTATI G., *Tra mercati e comunità: aspetti concettuali e ricerche empiriche sul distretto industriale*, Milano, 1995, 28 ss..

distrettuali nel ruolo di *buyers* che distribuiscono i prodotti finali ed intrattengono relazioni stabili con i propri subfornitori¹⁰².

Le analisi a compasso allargato colgono sicuramente alcune fondamentali caratteristiche e linee di evoluzione, ma scontano inevitabilmente un qualche scollamento dalla complessità del fenomeno.

Nel caso dei distretti italiani, come in quello dei gruppi giapponesi di subfornitura, l'astrazione dei modelli necessita di essere completata con le analisi di dettaglio. Ancora una volta, occorre ricordare come sia essenziale, nel campo della subfornitura, modulare l'analisi a seconda del mercato (ad esempio, settore industriale, contesto geografico). Come per i gruppi di subfornitura, inoltre, l'attenzione all'evoluzione storica ed al contesto temporale di riferimento ha una notevole importanza. A questo proposito, va posto l'accento sul fatto che - quantunque si acceda alla linea di pensiero che ritiene il senso di cooperazione sia, in alcuni sistemi di imprese, superiore a quello di competizione - le relazioni contrattuali possono essere esposte a sollecitazioni disgregatrici nei periodi di crisi come quello che ha recentemente coinvolto i sistemi distrettuali italiani. Inoltre, la globalizzazione dei mercati ha complicato il quadro. In alcuni settori dove la specificità di luogo è poco importante, le imprese di dimensione più piccola e con minore specializzazione (tendenzialmente, quelle subfornitrici)

¹⁰² Così INNOCENTI A. *Gerarchia e contratti. Il ruolo dei rapporti di subfornitura tra piccole imprese nell'evoluzione dei distretti industriali*, cit. 396 ss..

diventano più facilmente sostituibili mediante strategie di delocalizzazione produttiva.

Di là dall'eccessiva enfasi sul senso di cooperazione, è certo che gli studi di queste particolari forme ibride di organizzazione costituite dai gruppi giapponesi di subfornitura e dai distretti industriali italiani hanno contribuito a dimostrare il carattere fisiologico dei sistemi di produzione ad alto grado di disintegrazione verticale. Tale carattere spinge a rivedere la netta e semplicistica contrapposizione tra grande e piccola impresa, spostando lo sguardo della teoria e dei *policy makers* sulle strutture istituzionali che agevolano il coordinamento tra le imprese, ovvero riducono i costi di transazione¹⁰³.

3.2 L'idea dell'intervento giuridico sull'abuso di potere contrattuale nelle relazioni di subfornitura industriale

Qualsiasi intervento statale mirato a creare il migliore ambiente istituzionale possibile per le relazioni contrattuali di subfornitura industriale dovrebbe farsi guidare (principalmente) dalla finalità di

¹⁰³ Un esempio è rappresentato dalla politica industriale europea sui sistemi di imprese. Nell'ambito di quest'ultima, è cresciuta l'attenzione sugli interventi strutturali, consistenti in azioni pubbliche rivolte ad incidere sulle relazioni di produzione tra imprese, da sostituire ad interventi "personali", basati cioè su azioni pubbliche rivolte verso singoli soggetti (in questo senso v. BIANCHI P., *Le politiche industriali dell'Unione Europea*, Bologna, 1995, 195)

minimizzare i costi di transazione. Alla prova dei fatti, però, una ricetta così solida e lineare si rivela non facile da mettere in atto.

I problemi connessi alla disparità di potere contrattuale si mostrano tutt'altro che trascurabili. A dispetto delle descrizioni idilliache contenute in alcuni modelli di analisi economica, la realtà della relazioni di subfornitura industriale sembra assai più ruvida.

Nemmeno il mito della stabilità dei gruppi giapponesi di subfornitura appare incrollabile. Esistono prove del fatto che le imprese nipponiche non si fanno scrupoli ad abbandonare i propri subfornitori a vantaggio di altri situati fuori dai confini nazionali. Ovviamente, tali pratiche contrattuali di per se stesse non radicano la necessità di un controllo istituzionale, ma ciò non di meno inducono a valutare con prudenza la portata delle norme informali. Mette conto, inoltre, ricordare che proprio la legislazione antimonopolistica giapponese conosce dal 1956 una disciplina finalizzata a proteggere le imprese subfornitrici dai possibili abusi di quelle committenti¹⁰⁴.

Avvicinandosi ora all'area geografica, che costituirà il terreno d'indagine del resto della trattazione, va detto che in Europa è di recente emerso il problema dei termini di pagamento nelle relazioni contrattuali tra imprese. Dalle statistiche degli organi europei - ma non solo da queste - risulta che le imprese di vari paesi membri ricorrono sistematicamente a cospicue dilazioni e ritardi nei

¹⁰⁴ Si tratta del *Subcontract Act* sul quale v., per una ricognizione di superficie, WHITTAKER D.H., *Small firms in the Japanese Economy*, cit., 98 ss..

confronti dei propri partners contrattuali¹⁰⁵. Non ci vuol molto ad ammettere che il problema non sta certo (solo) nei termini di pagamento. Parafrasando una citazione di Williamson si può dire che se è possibile definire l'abuso di potere contrattuale, è assai difficile riconoscerlo (e provarlo) nei fatti. Un'ampia fascia delle relazioni di subfornitura non trova riflesso in contratti scritti. Di più, laddove si determini una situazione di disparità di potere contrattuale l'impresa che subisce l'abuso, con tutta probabilità, nutrirà non poche remore ad azionare un soggetto istituzionale per chiedere l'applicazione di (eventuali) regole repressive, in quanto un tale comportamento minerebbe definitivamente la possibilità di proseguire la relazione.

Insomma, la regolamentazione delle relazioni di subfornitura industriale non può limitarsi a regole derogabili (*default rules*), ma deve provvedere anche a quelle (inderogabili) finalizzate a scoraggiare gli abusi di potere contrattuale.

La direttiva generale è quella di conferire al decisore istituzionale la concreta possibilità di intervenire e, nel contempo, di evitare l'introduzione di regole che creino rendite di posizione, i cui effetti indotti sarebbero, inevitabilmente, perversi nonché controproducenti per le stesse imprese potenzialmente vittime degli abusi. Il rischio di innalzamento dei costi di transazione - intesi in

¹⁰⁵ V. la comunicazione della Commissione Ce *Relazione sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali* del 9 luglio 1997 in G.U.C.E. C 216 del 17 luglio 1997; per ulteriori riscontri statistici v. A.A.V.V., *Modalità e*

senso lato, ovvero comprensivi dei costi per amministrare le controversie -, che una tale politica reca con sé, si giustifica con l'obiettivo di rendere (per tutte le imprese) effettivamente praticabile il mercato.

L'implementazione di una tale direttiva transita attraverso l'esigenza di rendere giuridicamente operativi i concetti di disparità di potere contrattuale e di abuso sopra delineati dal punto di vista dell'analisi economica. Al soddisfacimento di tale esigenza è dedicato il prosieguo di questa trattazione.

3.3 Recenti interventi normativi sugli abusi di potere contrattuale nelle relazioni tra imprese: Francia, Unione Europea, Regno Unito e Italia

Come si è anticipato nelle pagine introduttive, la recente accelerazione della deriva europea puntata ad introdurre regole legislative sull'abuso di potere contrattuale tra imprese è stata sollecitata soprattutto da gruppi di pressione che guardavano alle relazioni di subfornitura industriale.

Le relazioni di subfornitura figuravano tra quelle che hanno condotto all'emersione del modello francese dell'*abus de dépendance économique* filtrato nell'articolo 8 dell'*ordonnance* n.

ritardi nei pagamenti in Italia e in Europa 1998, Dun & Bradstreet cur., inserto

86-1243, l'apparato antimonopolistico esagonale, poi novellato con altre regole attinenti ai problemi di disparità di potere contrattuale tra imprese (la *loi* n. 92-1442 del 31 dicembre 1992 sui termini di pagamento fra le imprese, ma soprattutto la *loi* n° 96-588 del 1° luglio 1996 sulla "lealtà e l'equilibrio delle relazioni commerciali").

Dal canto suo, l'Unione europea ha intrapreso un'iniziativa giuridica sui ritardi di pagamento nelle 'transazioni commerciali', sfociata in una proposta di direttiva. Tale iniziativa si riconnette anche (e soprattutto) alle relazioni di subfornitura industriale. Nella comunicazione del 30 agosto del 1989 intitolata *Sviluppo della subfornitura nelle Comunità* i due profili della subfornitura e dei termini di pagamento erano ancora strettamente connessi. In séguito, gli organi europei hanno deciso di allargare il campo d'azione a tutte le "transazioni commerciali".

Più di recente, il *Late Payment Commercial Debts (Interest) Act* dell'11 giugno 1998, introduce nell'ordinamento britannico una più stringente disciplina dei crediti commerciali.

Da ultimo, non senza l'influenza degli interventi francese ed europeo testé elencati, il legislatore italiano ha emanato la legge 18 giugno 1998 n. 192, sulla subfornitura nelle attività produttive [e sull'abuso di dipendenza economica nelle relazioni contrattuali tra imprese].

Sul piano del diritto privato, tali regole si inseriscono in un tessuto normativo il quale è refrattario, per tradizione, ad accogliere regole di controllo delle relazioni contrattuali tra imprese ritenute luogo elettivo dell'autonomia privata¹⁰⁶, anche se la recente ondata normativa in tema di protezione del consumatore¹⁰⁷, ed interventi di taglio settoriale, come quelli attinenti ai contratti di distribuzione¹⁰⁸, avevano già cominciato a mutare lo scenario di fondo.

Sul piano del diritto della concorrenza, i nuovi modelli come l'abuso di dipendenza economica, non solo rinfocolano le discussioni su cosa si debba intendere per potere di mercato e su quali debbano essere le finalità del diritto antitrust, ma espandono l'impatto delle regole antimonopolistiche sulle relazioni contrattuali

¹⁰⁶ Sulla dialettica tra autonomia e giustizia contrattuale v. SACCO R., in SACCO R. e DE NOVA G., *Il contratto*, tomo II, Torino, 1993, 3 ss.; GHESTIN J., *Les obligations. Le contrat*, in *Traité de Droit civil*, Paris, 1980, 3, 138; ATIYAH P. S., *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, 1979; RAISER L., *La libertà contrattuale oggi, Funzione del contratto e libertà contrattuale*, in RAISER L., *Il compito del diritto privato*, Milano, 1990, 51 ss.; e, per uno sguardo d'insieme, ZWEIGERT K. e KÖTZ H., *Introduzione al diritto comparato, Istituti*, vol. II, Milano, 1995, 8, 11.

¹⁰⁷ La letteratura sulla tutela contrattuale del consumatore è immensa, per un efficace ed aggiornato quadro d'insieme v. ANTONIOLLI DEFLORIAN L., *Consumer Contracts in Italian and Community Law. Patterns of Integration and Disintegration*, in AA. VV., *Eurapäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, Baden-Baden, 1999, 119.

¹⁰⁸ V., nella letteratura italiana con riferimento all'analisi economica, v. PARDOLESI R., *Distribuzione (contratti di)*, *Digesto comm.*, Torino, 1990, vol. V, 66; nonché, dello stesso autore, *Il «controllo» del «franchising»*, *Quadrimestre*, 1987, 157; *I contratti di distribuzione*, cit.; v., altresì, VETTORI G., *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese. Diritto dei contratti e regole di concorrenza*, Milano, 1983.

tra imprese, ponendo con (maggiore) urgenza l'esigenza di governarne l'incrocio col diritto privato.

Considerate nel loro complesso, le nuove regole implicano difficili scelte istituzionali di diverso livello.

Nella logica economica, la scelta istituzionale più idonea a ciascun livello dovrebbe farsi guidare dal principio generale della compressione (relativa) dei costi transattivi. Tuttavia, gli interventi giuridici sugli abusi di potere contrattuale nel campo della subfornitura offrono l'ennesima riprova di come il rapporto tra *legal process*, ovvero le motivazioni e le modalità con le quali vengono concretamente create le regole giuridiche, e logica economica risulti particolarmente travagliato.

CAPITOLO II

L'ABUSO DI POTERE CONTRATTUALE NELLE RELAZIONI DI SUBFORNITURA INDUSTRIALE TRA DISCIPLINA SETTORIALE E REGOLE A COMPASSO ALLARGATO

1. Francia: *sous-traitance* e *dépendance économique*

1.1 La sous-traitance industrielle e la sous-traitance de marché

L'importanza della *sous-traitance* (subfornitura) è stata avvertita in Francia prima del dilagare delle strategie di disintegrazione verticale.

La presa di coscienza della prassi si delinea a partire dagli anni '50. E' a quell'epoca che vengono create le prime *bourses de sous-traitance*, associazioni professionali col fine di facilitare l'incontro

tra domanda dei *donneurs d'ordres* (committenti) e offerta dei *sous-traitants* (subfornitori). Nel 1970, nasce il *Centre National de la Sous-Traitance* (CENAST), un'organizzazione costituita dai sindacati delle imprese protagoniste delle relazioni di subfornitura¹⁰⁹. Nel 1976 viene formata in seno al Ministero dell'industria una *Commission Technique de la Sous-Traitance* con l'obiettivo di migliorare e diffondere l'informazione sulla *sous-traitance*, di studiare i problemi della prassi e di suggerire alle autorità statali eventuali misure di intervento¹¹⁰.

La teoria economica ha presto mostrato interesse per il fenomeno¹¹¹, dedicandosi – come si è visto nel primo capitolo – anche al tentativo di dargli una definizione precisa. I giuristi francesi, per parte loro, leggevano i testi economici e hanno preso a replicare la suddivisione tra *sous-traitance de capacité* e *sous-traitance de spécialité*, aggiungendo, però, la distinzione tra *sous-traitance industrielle* e *sous-traitance de marché*¹¹². La delimitazione di quest'ultima tipologia nasce dall'esigenza giuridica

¹⁰⁹ V. AA. VV., *Sous-traitance*, in *Dictionnaire Permanent Droit des Affaires*, *Feuillets* 123 (1° giugno 1991), 1482, 1484.

¹¹⁰ Attualmente, il *Secrétariat d'Etat à l'industrie* del Ministero dell'industria commissiona studi statistici periodici sulla *sous-traitance industrielle* (v., da ult., *La sous-traitance industrielle. Édition 1997*, Paris, 1997).

¹¹¹ V. HOUSSIAUX J., *Le concept de quasi-intégration et le rôle des sous-traitants dans l'industrie*, *Rev. écon.*, 1957, 222; SALLEZ J. e SHLEGEL J., *La sous-traitance dans l'industrie*, Paris, 1963.

¹¹² V. MERCADAL B. e JANIN P., *Les contrats de coopération inter-entreprises*, Paris, 1974, 280 ss.; BOIZARD M., *Sous-traitance*, in *Rép. com. Dalloz*, 1991, 5; AA. VV., *Sous-traitance*, in *Dictionnaire Permanent Droit des Affaires*, cit., 1483; CAS G., BOUT R. e PRIETO C., *Lamy droit économique. Concurrence-Distribution-Consommation*, Paris, 1998, n. 4895, p. 1598.

di dare rilievo alle relazioni concatenate nelle quali il contratto di *sous-traitance* non è concluso a titolo principale e autonomo, ma accessorio ad un *marché* (contratto) *principal*, al quale si riconnette più o meno strettamente. D'altra parte, si è subito rilevato che la configurazione - *transparent* o *non transparent* - in forma triangolare del rapporto tra *maître de l'ouvrage* (o *client*), *entrepreneur principal* (o *donneur d'ordres*) e *sous-traitant* trova esplicazione soprattutto nelle cordate contrattuali capitanate da imprese pubbliche o private e finalizzate alla costruzione di edifici e impianti industriali¹¹³. In questa prospettiva, sono qualificabili come di *sous-traitance industrielle* tutti i contratti che non si riagganciano ad un determinato *marché*, in quanto espressioni di relazioni bilaterali¹¹⁴.

¹¹³ MERCADAL B. e JANIN P., *Les contrats de coopération inter-entreprises*, cit., 291.

¹¹⁴ Secondo la poco convincente ricostruzione in chiave storica di MERCADAL B. e JANIN P. (*Les contrats de coopération inter-entreprises*, cit., 279 ss.), la *sous-traitance* inizialmente "ne se rencontrait qu'à l'occasion de l'exécution d'un marché, lorsque l'entrepreneur chargé de cette exécution demandait à un autre entrepreneur de prendre à sa charge une partie des travaux. Pour marquer cette dépendance par rapport au marché, dit contrat d'entreprise, les juristes ont appelé ce contrat "contrat de sous-entreprise" et l'exécutant "sous-entrepreneur". Mais la pratique retient de plus en plus la dénomination de contrat de sous-traitance. [...] Avec le développement de l'industrialisation et l'aménagement corrélatif des structures économiques, la sous-traitance est apparu en dehors et indépendamment de l'exécution d'un marché. Elle a donné naissance alors à un contrat aux termes duquel une entreprise, dont l'activité est d'offrir à la clientèle un produit ou des services, fait exécuter par une autre une partie des tâches qui entrent dans le cycle de son activité. Ce contrat est couramment appelé "contrat de sous-traitance"; l'entreprise qui confie la tâche est dit "donneur d'ordres", celle qui l'exécute "sous-traitant". La sous-traitance a ainsi engendré deux types des contrats qui sont généralement désignés par même nom mais qui, juridiquement, ne doivent pas être confondus. Pour dissiper toute équivoque, il serait recommandé de reprendre dans le premier cas la terminologie classique de

La distinzione tra *sous-traitance industrielle* e *sous-traitance de marché*, come riconosciuto dagli stessi propugnatori, rimane ambigua, in quanto l'accezione più allargata del qualificativo «industriale» ricomprende anche il settore edilizio. Inoltre, la configurazione subcontrattuale di per sé non rappresenta un elemento di individuazione della sostanza economica di una tipologia contrattuale¹¹⁵.

In ogni caso, essa è stata definitivamente consacrata dall'entrata in scena della *loi* n. 75-1334 del 31 dicembre 1975, mediante la quale il legislatore francese ha inteso disciplinare alcuni profili della sola *sous-traitance de marché*. La *sous-traitance* è, infatti, definita come "l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant tout ou partie de l'exécution du contrat d'entreprise ou du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage" (art.1)¹¹⁶. L'art.2 estende l'applicazione della normativa alla c.d. *sous-traitance en chaîne* (a catena), ovvero ai casi in cui i soggetti contrattuali siano più di tre. La legge mira ad allargare ai

“sous-entreprise” et de ne parler de “sous-traitance” que dans le second cas. Mais, comme il serait vain d’aller à l’encontre des usages, nous conserverons le terme sous-traitance dans le deux cas en l’assortissant d’une précision pour marquer qu’au point de vue juridique il n’y a pas identité. Ainsi, nous distinguerons le contrat de sous-traitance de marché (contrat de sous-entreprise) du contrat de sous-traitance industrielle [...]”.

¹¹⁵ Cfr. DJOUDI J., *La sous-traitance dans le contexte européen*, D., 1992, Ch., 31.

¹¹⁶ L’art.11 della *loi* n. 98-69 del 6 febbraio 1998 ha esteso il campo di applicazione della *loi* n. 75-1334 al settore dei trasporti. Peraltro, i trasporti su ruote erano già oggetto di una disciplina di protezione dei *sous-traitants*: la *loi* n. 92-1445 del 31 dicembre 1992.

contratti tra imprese private (e a rafforzare) la protezione legale del *sous-traitant* già prevista dalle normative riguardanti il settore dei contratti con la pubblica amministrazione¹¹⁷. Il meccanismo di base sta nella norma – contenuta nell'art.3 - che obbliga l'*entrepreneur principal*, il quale intenda avvalersi di *sous-traitants*, a domandare al *maître de l'ouvrage* l'accordo sulla scelta dei *sous-traitants* e sulle loro condizioni di pagamento (c.d. *demande d'agrément*). Su questo meccanismo si innesta, da una parte (titolo II della legge), il pagamento diretto dei *sous-traitants* da parte del *maître de l'ouvrage* con natura pubblica (stato, enti locali e imprese pubbliche), dall'altra (titolo III della legge), la possibilità per il *sous-traitant* di agire direttamente per il pagamento nei confronti del *maîtres de l'ouvrage* con natura privata, nel caso di inadempienza dell'*entrepreneur principal*¹¹⁸.

Nella legge del 1975 la *sous-traitance* accede necessariamente ad un *contrat d'entreprise* o un *marché publique*, derivandone la stessa natura¹¹⁹. Per avere ingresso alla protezione normativa,

¹¹⁷ Per un esame sintetico ed aggiornato della disciplina della *sous-traitance de marché* v. CAS G., BOUT R. e PRIETO C., *Lamy droit économique. Concurrence-Distribution-Consommation*, cit., n. 4898, p.1599 ss. e, con particolare riferimento alla protezione del *sous-traitant* rafforzata dalla loi n. 94-475 del 10 giugno 1994, v. n. 4920, p. 1604 ss..

¹¹⁸ Sull'azione diretta v., RAMBURE D., *Le paiement du sous-traitant. L'action directe contre le maître de l'ouvrage*, Paris, 1990.

¹¹⁹ Il *contrat d'entreprise* non è una tipologia codicistica, ma il frutto dell'elaborazione della giurisprudenza e della dottrina che lo inquadra come variante del *contrat de louage d'ouvrage* ed in particolare di quella contemplata dall'art. 1787 del *code civil* (v., e.g., BOUBLI B., *Contrat d'entreprise*, in *Rép. Civ. Dalloz*, 1994, 1).

occorre qualificare il contratto¹²⁰, ed in particolare dimostrare che la *sous-traitance* abbia natura di *contrat d'entreprise*¹²¹. E' facile comprendere, quindi, come la distinzione tra *contrat d'entreprise* e *vente* (vendita) sia divenuto terreno di scontro giudiziario¹²².

Nella giurisprudenza, il criterio di scelta della qualificazione in termini di *contrat d'entreprise* o di *contrat de vente* si basava, inizialmente, sulla sola valutazione del valore della materia prima rispetto a quello del lavoro di trasformazione della stessa: il contratto va qualificato come vendita se i materiali hanno maggior valore del lavoro e viceversa¹²³. Tale criterio (c.d. economico) col tempo è stato ritenuto insoddisfacente.

Rispetto alla *sous-traitance*, la questione era tanto sentita che fu posta all'attenzione di un gruppo di lavoro costituito sotto l'egida della *Commission Technique de la Sous-Traitance* del ministero dell'industria e presieduto da Jaque Ghestin. Questo gruppo di lavoro giunse a concludere che, rispetto alla *sous-traitance* riguardante la produzione di beni mobili, il 'criterio economico' andava precisato nel senso che il lavoro debba essere considerato come un elemento principale del contratto quando il bene realizzato è concepito e prodotto secondo obiettivi e specifiche che,

¹²⁰ In generale sul tema della qualificazione contrattuale in Francia v. GHESTIN J. e BILLIAU M., *Les obligations. Les effets du contrat*, in *Traité de droit civil*, dir. GHESTIN J., Paris, 1992, 65 ss..

¹²¹ L'art.15 della legge del 31 dicembre 1975 statuisce che "*sont nuls et de nul effet, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulation et arrangements qui auraient pour effet de faire échec aux dispositions de la présente loi*".

¹²² Sul punto v. PERINET-MARQUET H., *Le fabricant sous-traitant: une hybridation difficile*, JCP éd. N., 1989, I, 402.

sebbene non attengano ai mezzi da impiegare, sono imposti ad una parte per soddisfare esigenze precise e predeterminate¹²⁴.

Alla fine, il riscontro della caratterizzazione della produzione secondo le specifiche tecniche del committente, quale elemento per l'individuazione della natura di *contrat d'entreprise*, pare essere stato assorbito anche dalla giurisprudenza¹²⁵. Proprio tale elemento è alla base di una distinzione giurisprudenziale tra *sous-traitance* e *fourniture*¹²⁶, che mima la distinzione economicistica tra subfornitura e fornitura.

¹²³ Cass. civ. 1 agosto 1950, *Bull. civ.*, I, n. 184.

¹²⁴ V. *Contrat de vente et contrat d'entreprise en matière de sous-traitance*, *RTD com.*, 1981, 1, 13, dove si legge che, secondo l'opinione del gruppo di lavoro, in materia immobiliare il *contrat d'entreprise* si definisce come "la convention per laquelle une personne s'oblige à l'égard d'une autre, en contrepartie d'un prix et sans lien de subordination, à réaliser, mettre en oeuvre ou réparer, sur le site, un bâtiment, ouvrage quelconques". Mentre la commissione non pervenne a conclusioni circa i contratti riguardanti la fabbricazione di beni mobili destinati ad essere incorporati in immobili.

¹²⁵ V. Cass. civ., 27 aprile 1976, *Bull. civ.*, I, n. 143, p. 114; in dottrina, v. GHESTIN J. e BILLIAU M., *Les obligations. Les effets du contrat*, in *Traité de droit civil*, cit., 84.

¹²⁶ V. Cass. civ., 5 febbraio 1985, *Bull. civ.*, III, n. 23, p. 16. Peraltro, nelle scarse pronunce della Cassazione francese, il riferimento al termine *fourniture* può risultare ambiguo. Nel sistema giuridico esagonale, *fourniture* sembra, gradualmente, denotare quella tipologia di contratti i quali hanno ad oggetto consegne successive di merci o servizi, che per loro natura devono essere approvvigionate in grande quantità e ad intervalli regolari. Si tratta di un'elaborazione dottrinale che non corrisponde ad alcuna tipologia codicistica e punta a portare in esponente il carattere continuativo o periodico dell'operazione economica oggetto del contratto, secondo una logica non dissimile da quella che in Italia ha condotto ad individuare la figura della somministrazione poi recepita nel codice del '42. Anche la Cassazione, peraltro, ha, da ultimo, utilizzato esplicitamente in questa accezione il termine *fourniture* (v. sul punto, con riferimento alla connotazione di lungo periodo ed alla distinzione tra *contrat cadre* e i *contrat d'applications*, CAS G., BOUT R. e PRIETO C., *Lamy droit économique. Concurrence-Distribution-Consommation*, cit., n. 4936, p. 1611, ivi le coordinate delle sentenze di legittimità).

Di là da questi sviluppi, sta di fatto che la qualificazione del contratto di *sous-traitance* ha continuato a presentare difficoltà ed attriti interpretativi¹²⁷

In alcune pronunce si è dato ingresso alle istanze di pagamento di imprese che, dal punto di vista economico, sembrano potersi qualificare come subfornitrici¹²⁸. Tuttavia, la sovrapposizione della disciplina della *sous-traitance de marché* a quella della *sous-traitance industrielle* rimane minima, poiché la categoria legislativa presuppone un rapporto contrattuale (almeno) triangolare. Inoltre, non è detto che la *sous-traitance industrielle* riceva in ogni caso la qualifica di *contrat d'entreprise*, ben potendo essere inquadrata a volte nella vendita (o nella *fourniture*)¹²⁹.

1.2 Le regole deontologiche nel campo della *sous-traitance industrielle*

Non è dalla legge del 1975, bensì da alcune iniziative di taglio deontologico che traspare il problema della tendenziale disparità di potere contrattuale tra committenti e subfornitori nel campo della *sous-traitance industrielle*. Il riferimento è a due documenti del

¹²⁷ V. BOIZARD M., *Sous-traitance*, cit., 4, ivi riferimenti giurisprudenziali.

¹²⁸ V., e.g., *Cass civ.*, 5 febbraio 1985, cit. *supra*, che ha applicato la legge del 1975 ad un subappaltatore incaricato dall'appaltatore di fabbricare armature metalliche su specifiche tecniche.

¹²⁹ Cfr. BOIZARD M., *Sous-traitance*, cit..

CENAST, che sembrano essere stati il modello per analoghe iniziative dell'Unione europea. Si tratta della *Charte de la sous-traitance* e della *Guide contractuel des realtions de sous-traitance*¹³⁰. Il primo documento risale al 1972 e costituisce una sorta di codice deontologico finalizzato a rimarcare l'importanza strategica della *sous-traitance* e "a fornire alle imprese elementi di riflessione e di orientamento per lo sviluppo armonioso delle loro relazioni"¹³¹. Il secondo è del 1975 ed intende chiarificare i diritti e gli obblighi dei committenti e dei subfornitori nelle principali forme di *sous-traitance*, con lo scopo di porre le imprese nella condizione di rendere operativi i principi (di cooperazione) posti nella *Charte*.

La guida si riferisce ad una definizione di *sous-traitance* incentrata sul presupposto che la concezione del prodotto fabbricato o "lavorato" dal subfornitore sia appannaggio del committente¹³².

Mette conto soffermarsi per un attimo sul paragrafo 1, per rilevare l'ottimismo che permea il tono complessivo del documento. In buona sostanza, il paragrafo, rispetto a due profili centrali delle

¹³⁰ V. AA. VV., *Sous-traitance*, in *Dictionnaire Permanent Droit des Affaires*, cit., 1484.

¹³¹ V. MERCADAL B. e JANIN P., *Les contrats de coopération inter-entreprises*, cit., 283.

¹³² "Selon ce critère, la sous-traitance se définit comme l'activité qui consiste à fabriquer ou à façonner un produit, ou plus généralement ses composants, dénommés «pièces» pour compte exclusif du donneur d'ordres et conformément aux spécifications techniques et aux modalités de réception qu'il arrête en dernier ressort, en fonction du résultat industriel qu'il recherche" (*Guide contractuel des relations de sous-traitance*, CENAST., 1975, 3).

relazioni di subfornitura quali sono gli investimenti e la programmazione della produzione, raccomanda ai committenti di garantire un flusso informativo che metta i subfornitori nella condizione di investire e produrre al meglio.

I problemi connessi alla disparità di potere contrattuale tra committenti e subfornitori hanno ricevuto un interesse più preoccupato in un documento ministeriale. Si tratta della *Guide pour l'utilisation des clauses de réserve de propriété* della *Commission Technique de la Sous-Traitance* del 1987. In essa si illustrano i pregi ed i limiti della clausola di riserva della proprietà come strumento contrattuale di autodifesa da parte dei subfornitori rispetto a rifiuti ingiustificati di pagamento da parte dei committenti. Senza entrare nei particolari, è bene sottolineare che il principale limite di questo strumento è illustrato dagli stessi redattori della guida. All'insegna della fatica dell'ovvio, essi rilevano che non solo la validità della clausola presuppone la forma scritta, ma il subfornitore deve avere il potere contrattuale d'imporla¹³³.

¹³³ "Un sous-traitant ne peut s'en servir que s'il se trouve en mesure d'obtenir son acceptation par son donneur d'ordres, étant observé que la clause doit être constatée par écrit mais que l'acceptation peut avoir un caractère tacite. Il est évident que la position du sous-traitant sera plus ou moins favorable en fonction de tous éléments (savoir-faire, niveau technique, qualité, délais, prix, etc.) qui rendent le donneur d'ordres désireux de passer commande. Elle dépendra aussi du degré d'autonomie commerciale du sous-traitant, c'est-à-dire de la diversification de sa clientèle et par voie de conséquence, de son aptitude à refuser la proposition ne lui offrant pas les garanties de paiement qu'il estime nécessaires" (*Guide pour l'utilisation des clauses de réserve de propriété*, Paris, 1987, 2).

1.3 *La sous-traitance industrielle nella teoria dei contrats de dépendance*

A metà degli anni '80, nell'opera prima di uno studioso francese del diritto dei contratti, George Virassamy, la *sous-traitance industrielle* viene descritta come una relazione contrattuale caratterizzata da *dépendance économique*¹³⁴. Il tentativo di inquadrare le situazioni di disparità di potere contrattuale nel campo della subfornitura non era una novità per i giuristi francesi¹³⁵, ma sicuramente la monografia di Virassamy corrisponde all'elaborazione concettuale più sofisticata. La *sous-traitance industrielle* viene annoverata tra quelle relazioni contrattuali che - nei settori della produzione, della distribuzione, e dei servizi - l'autore propone di far rientrare nella nuova categoria dei *contrats de dépendance*. Il tema della monografia è la disparità di potere contrattuale tra *professionnels*, ossia tra soggetti economici diversi dai consumatori e dai lavoratori dipendenti. La tesi di fondo è che il diritto dei contratti, come derivante dalla tradizione, è affetto da un *juridisme* che lo rende incapace di attagliarsi alla reale dinamica delle relazioni economiche tra

¹³⁴ VIRASSAMY G. J., *Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, Paris, 1986, 38 ss..

¹³⁵ V. VALENTIN G., *Le contrats de sous-traitance*, Paris, 1979, 290.

professionisti. In particolare, il diritto comune trascurerebbe l'esigenza di porre sotto controllo le relazioni contrattuali caratterizzate da dipendenza economica. Di là dalla specificità delle discipline giuridiche delle singole tipologie di contratti, l'ordinamento dovrebbe provvedere ad una disciplina trasversale che risponda, non tanto ad una logica di protezione della parte dipendente, quanto di *moralisation des pratiques contractuelles*¹³⁶.

Se si prescinde, per il momento, da alcune discutibili conclusioni raggiunte dall'autore, rimane il merito di aver pionieristicamente esplorato la possibilità di applicazione della nozione di dipendenza economica ad un ventaglio allargato di rapporti contrattuali, rispetto ai quali l'autonomia privata è ritenuta comunemente intoccabile.

E' sempre difficile giudicare l'influenza di uno scritto scientifico, ma nel caso di specie si può sicuramente affermare che, nell'evoluzione recente del sistema giuridico francese, l'idea del controllo giuridico delle relazioni contrattuali caratterizzate dalla dipendenza economica ha trovato riflesso sia sul piano normativo, nell'apparato antimonopolistico, sia su quello giurisprudenziale, nel diritto comune (ovvero, nell'incrocio, invero assai controverso, tra *abus de droit* e *dépendance économique*).

¹³⁶ VIRASSAMY G. J., *Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, cit., 143.

Di questi sviluppi si darà conto qui di séguito e nel prossimo capitolo, prima però, occorre sottolineare alcuni passaggi della teoria dei *contrats de dépendance (économique)*¹³⁷.

Virassamy riprende e rimaneggia la nozione di *dépendance économique* elaborata negli anni '10 da Cuche a proposito del *contrat de travail*¹³⁸.

Secondo questa risalente teoria, la dipendenza avrebbe come presupposti: 1) l'esistenza di un rapporto contrattuale diretto; 2) l'importanza del rapporto contrattuale per l'esistenza e la sopravvivenza (economica) del soggetto dipendente; 3) la permanenza e la regolarità degli scambi contrattuali.

Il primo presupposto implica che non sia possibile riconnettere a soggetti non direttamente legati da un rapporto contrattuale una situazione di dipendenza economica. Così, i lavoratori subordinati di un'impresa concessionaria non sono dipendenti economicamente dall'impresa concedente.

Il secondo presupposto riguarda il volume dei profitti ricavabili dal soggetto potenzialmente dipendente attraverso il rapporto contrattuale che lo assoggetta al potere di controparte. Esso deve

¹³⁷ VIRASSAMY G. J., *Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, cit., 131 ss..

¹³⁸ V. CUCHE P., *Le rapport de dépendance élément constitutif de contrat de travail*, *Reveu critique*, 1913, 423. Nel diritto del lavoro francese alla tesi della *dépendance* è stata preferita quella della *subordination juridique* (sul punto per ulteriori ragguagli con riferimento anche al diritto del lavoro italiano v. NOGLER L., *Lavoro a domicilio. Art. 2128*, in *Il codice civile. Commentario* diretto da SCHLESINGER P., Milano, 2000, 149-150, ivi riferimenti in nota).

essere cospicuo in relazione al complessivo giro d'affari del soggetto potenzialmente dipendente.

Dal terzo presupposto discende che un contratto occasionale non può dar vita ad uno stato di dipendenza economica.

Secondo Virassamy, la relazione di dipendenza può essere rafforzata da alcuni elementi che prescindono dalla volontà delle parti e da altri che si traducono in clausole contrattuali imposte dalla parte dominante. Tra gli elementi volontari egli elenca il marchio, la natura specializzata della produzione e - citando il caso del subfornitore ! - gli investimenti effettuati in vista della relazione. Le clausole di aggravamento dello stato dipendenza economica riguardano l'imposizione di contratti a breve termine (in luogo di un solo contratto di lungo periodo) o di contratti eccessivamente lunghi, nonché di clausole di esclusiva o di non concorrenza "postcontrattuale".

I punti di convergenza (e quelli di divergenza) rispetto all'analisi economica della disparità di potere contrattuale compiuta nel primo capitolo, che questa impostazione offre, saranno ripresi nel prosieguo della trattazione, laddove si approfondirà la rilevanza operativa del concetto di dipendenza economica.

1.4 La nascita dell'abus de dépendance économique

I *sous-traitants* sono una delle tre tipologie di imprenditori evocate dal *ministre de l'économie et des finances* nel dibattito parlamentare che ha portato all'approvazione della *loi* n. 85-1408 del 30 dicembre 1985, che introduceva, all'art. 37-1 dell'*ordonnance* n. 45-1483 del 30 giugno 1945 sul controllo dei prezzi, come circostanza aggravante del delitto di pratiche discriminatorie la categoria della *dépendance économique*. Le altre due erano i commercianti specializzati che non possono esercitare la loro attività di vendita al consumo senza proporre alcuni prodotti di marca, e i produttori che si servono, per una parte importante del proprio giro d'affari, della distribuzione garantita dalle centrali d'acquisto.

Invero, era proprio lo strapotere delle centrali di acquisto che rappresentava, agli occhi delle autorità francesi, la questione di maggiore preoccupazione.

Nel 19 marzo 1985 la *Commission de la concurrence* aveva messo all'indice le pratiche, quali il *déréférencement* da parte delle centrali d'acquisto - cioè la cancellazione dei fornitori, riottosi ad accettare condizioni vessatorie, dalle liste dei fruitori del servizio distributivo -, rilevando che esse erano difficilmente censurabili attraverso il divieto, risultante dalla novelle del 1963 e del 1977 all'art. 50 dell'*ordonnance* del 1945, di attività restrittive della concorrenza facenti capo ad una *position dominante*, in quanto la delimitazione del mercato rilevante, quale presupposto di questa fattispecie, presentava difficoltà rispetto alle stesse centrali

d'acquisto che offrono prodotti i quali non sono fra loro sostituibili. La commissione aveva, quindi, auspicato l'introduzione di una norma ricalcata sul modello del paragrafo 26 [oggi, 20], comma 2, del *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)*, la legge antimonopolistica tedesca del 27 luglio 1957, modificato nel 1973 e nel 1980 [e poi ancora nel 1989 e nel 1998]¹³⁹, che avrebbe consentito di controllare i comportamenti di imprese o gruppi di imprese che, senza detenere una posizione dominante, sono, in ragione del loro peso sul mercato, partner obbligati dei loro fornitori o dei loro clienti.

Ancora queste preoccupazioni sono alla base della scelta di utilizzare - secondo, però, una logica diversa da quella della legge

¹³⁹ Il nucleo-base della norma tedesca (il *Diskriminierungsverbot*) si fonda sulla stessa logica del sanzionamento del rifiuto di vendere e sulle pratiche discriminatorie degli articoli 37 e 38 della *loi* del 27 dicembre 1973 *d'orientation du commerce et de l'artisanat* (c.d. *loi Royer*). Ma la matrice originaria di tale logica, com'è noto, sta nel risalente e contestato apparato antidiscriminatorio nordamericano del *Robinson-Patman Act* del 1936 introdotto col precipuo scopo di proteggere le piccole imprese (per una critica recente di questa logica v. WILLIAMSON O.E., *I meccanismi del governo. L'economia dei costi di transazione: concetti, strumenti, applicazioni*, Milano, 1998, 209 ss.).

Tuttavia, il profilo che aveva colpito la *Commission de la concurrence* stava ovviamente nella categoria della *markstarke Unternehmen* introdotta nel 1973 dal legislatore tedesco.

L'introduzione della categoria della dipendenza economica nella legge antitrust tedesca non è sfuggita alla più attenta dottrina italiana (v. PARDOLESI R., *I contratti di distribuzione*, Napoli, 1979, 17 ss., nota n. 23, e 33, nota n. 59; peraltro, sulla scorta della recente introduzione dell'abuso di dipendenza economica nel nostro ordinamento, sulla quale ci si soffermerà tra breve, gli italiani mostrano un rinnovato interesse per il paragrafo 20 (2) del *GWB*: v., per sintetici ragguagli sulla sua applicazione, OSTI C., *L'abuso di dipendenza economica, Mercato concorrenza regole*, 1999, 9, 12 ss.; e per una trattazione in chiave storica BARBA A., *L'abuso di dipendenza economica*, in A.A.V.V., *La*

del 1985 - la nuova categoria della dipendenza economica in occasione nella riforma generale dell'apparato normativo a tutela della concorrenza che abroga il sistema del controllo dei prezzi previsto dall'*ordonnance* del 1945. Nasce così l'*abus de dépendance économique*. L'*ordonnance* n. 86-1243 del 1° dicembre 1986, reca, infatti, all'art. 8, comma 2, la proibizione dello sfruttamento abusivo, da parte di un'impresa (o di un gruppo di imprese), dello stato di dipendenza economica nel quale si trovi nei suoi riguardi un'impresa cliente o (sub)fornitrice che non disponga di una soluzione equivalente¹⁴⁰.

Nell'*ordonnance* del 1986 la tutela dell'abuso di dipendenza economica segue, come per le altre pratiche anticoncorrenziali, un

subfornitura nelle attività produttive, CUFFARO V. cur., Napoli, 1998, 297, 301 ss.).

¹⁴⁰ Sull'*abus de dépendance économique*, e sulle vicende che hanno portato alla sua introduzione nella legge antimonopolistica francese, v., in prima approssimazione, CAS G., BOUT R. e PRIETO C., *Lamy droit économique. Concurrence-Distribution-Consommation*, cit., n. 708, p. 230 ss.; BOUTARD LABARDE M. C. e CANIVET G., *Droit français de la concurrence*, Paris, 1994, 85 ss.; PASQUI G., *L'abus de dépendance économique*, in *Rev. conc. consom.*, 1993, 7.

Il modello dell'abuso di dipendenza economica sta circolando: oltre che in Germania e Francia esso è stato introdotto anche in Grecia e Portogallo, nonché in Italia, dove però ha assunto una connotazione privatistica (sul punto v. FATTORI P., *Abuso di dipendenza economica: rapporti con abuso di posizione dominante*, relazione al convegno Paradigma *La nuova disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, Milano, 1998; v., altresì, la nota introduttiva degli atti della tavola rotonda *On Buying Power* organizzata il 12 ottobre 1998 dall'O.C.S.E., 41 ss., i cui redattori, dopo aver manifestato una certa perplessità nei confronti della gestibilità antitrust della categoria economica, ricordano che Germania, Francia e Portogallo hanno introdotto presunzioni di dipendenza o pratiche restrittive *per se* per combattere più efficacemente le distorsioni del potere di acquisto).

doppio binario procedurale¹⁴¹. In base all'art. 9, le giurisdizioni ordinarie civili decidono sulle azioni di nullità (e di risarcimento del danno) esercitate in via diretta contro le pratiche anticoncorrenziali. Il *Conseil de la concurrence* - le cui decisioni possono essere impugnate davanti alla *Cour d'appel de Paris*, la quale a sua volta è soggetta al controllo della *Cour de cassation* - può, in base agli art. 11 e ss., attivarsi anche d'ufficio ed irrogare sanzioni pecuniarie, nonché ingiungere la cessazione delle pratiche contemplate dagli articoli 7 e 8. Inoltre, la legge prevede all'art. 17 sanzioni penali per le persone fisiche che *frauduleusement* abbiano preso parte personale e determinante nella progettazione delle stesse pratiche.

Le potenzialità ed i limiti del meccanismo di taglio antimonopolistico dell'*abus de dépendance économique*, che ha importanti (e controversi) riflessi sul piano del diritto privato francese, saranno esaminati nel prossimo capitolo. Qui preme sottolineare che la politica di controllo della dipendenza economica delle imprese subfornitrici ha trovato una collocazione in una disciplina non settoriale, estesa cioè, per lo meno, al campo della distribuzione. Giova, peraltro, ricordare che, proprio in quest'ultimo settore, allo strumento di controllo generale di natura antitrust si è aggiunta una disciplina *ad hoc*: la *loi* n. 89-1008 del 31 dicembre

¹⁴¹ V. CAS G., BOUT R. e PRIETO C., *Lamy droit économique. Concurrence-Distribution-Consommation*, cit., n. 753, p. 248 ss.; GALENE R., *Le droit de la concurrence appliqué aux pratiques anticoncurrentielles*, Paris, 1994, 23 ss., 313

1989, c.d. *loi Doubin*¹⁴². Si tratta di una legge che, sulla scia di una deriva interventista sperimentata in vari paesi, appresta una penetrante - e assai discussa - protezione alle imprese distributrici nei confronti dei propri fornitori¹⁴³.

Prima di passare ad illustrare l'evoluzione delle iniziative europee in materia di subfornitura industriale, mette conto rilevare che, nell'*ordonnance* del 1986, sono stati potenziati (o aggiunti altri) strumenti normativi applicabili (anche) ai problemi di disparità di potere contrattuale tra committenti e subfornitori.

Le novelle di maggior rilievo si devono alle *loi* n. 92-1442 del 31 dicembre 1992 e n. 93-122 del 29 gennaio 1993¹⁴⁴, sui termini

ss.; BOUTARD LABARDE M. C. e CANIVET G., *Droit français de la concurrence*, 244 ss..

¹⁴² Sulla *loi Doubin* v., in prima approssimazione, CAS G., BOUT R. e PRIETO C., *Lamy droit économique. Concurrence-Distribution-Consommation*, cit., n. 3590, p. 1180.

¹⁴³ L'idea degli obblighi di informazione nei contratti di *franchising* sembra voler attecchire anche in Italia, nell'ambito di alcuni recenti progetti di legge (che si trovano illustrati e criticati in ROSSI G., FRIGNANI A. e MENDELSON, *Il contratto di franchising: le proposte legislative travisano il modello comunitario?*, in *I contratti*, 1998, 64).

Sul tema degli obblighi di informazione v., in chiave di analisi economica del diritto, PARDOLESI R., *Distribuzione (contratti di)*, *Digesto comm.*, Torino, 1990, vol. V, 66; nonché dello stesso autore, *Il «controllo» del «franchising»*, *Quadrimestre*, 1987, 157).

¹⁴⁴ Sulla disciplina della trasparenza commerciale e dei termini di pagamento v. VOGEL L. e VOGEL J., *Ombres et lumières de la transparence tarifaire. (Conditions générales de vente et facturation)*, in *JCP.*, éd. E., 1995, I, n. 436, p. 69; LABARTHE F., *La nature juridique des pénalités par la loi n° 92-1442 du 31 décembre 1992 relative aux délais de paiement entre les entreprises (article 33 nouveau de l'ordonnance du 1° décembre 1986)*, in *D.*, 1995, Ch., 61; PIGASSOU P., *La pénalisation de la transparence tarifaire à l'épreuve de la libre circulation des marchandises*, in *RTD com.*, 1995, 693; MALAURIE-VIGNAL M., *Transparence tarifaire et liberté contractuelle*, *JCP*, 1996, éd. E., I, n. 537, p.95; interessante, al fine di comprendere alcuni profili di tale disciplina, è il primo

di pagamento, e alla *loi* n. 96-588 del 1° luglio 1996, sulla lealtà e sull'equilibrio delle relazioni commerciali.

In sintesi. La sanzione di determinati comportamenti illeciti in materia di termini di pagamento si innesta su un più ampio meccanismo di "trasparenza tariffaria".

Il nuovo art. 31 dell'*ordonnance* n. 86-1243 pone un generale obbligo di fatturazione per le vendite e le prestazioni di servizi. La fattura deve contenere alcune informazioni riguardanti l'operazione commerciale come il nome delle parti, la data della vendita o della prestazione di servizio, la quantità dei prodotti, il loro prezzo, gli sconti, i termini e le modalità di pagamento. Il nuovo art. 33 impone a produttori, prestatori di servizi, grossisti o importatori di comunicare ai propri clienti "professionisti" (ovvero, non consumatori), che ne fanno domanda, il prezzo e le condizioni di vendita. Le condizioni di pagamento devono, inoltre, precisare calcolo e presupposti delle penali per i ritardi di pagamento. Tali penali sono di un ammontare almeno equivalente ad una volta e mezzo il tasso d'interesse legale. Infine, l'art. 35 prescrive termini massimi di pagamento per alcune categorie di prodotti (prodotti alimentari deperibili, carni destinate alla macellazione, bevande alcoliche). Le norme sono dotate di sanzioni penali pecuniarie. Come si può evincere da questa sintesi, gli articoli 31 e 33 pongono un generale principio di trasparenza nelle relazioni

Rapport au Parlement sur les conditions d'application de loi n° 92-1442 du 31 décembre 1992 relative aux délais de paiement entre les entreprises, pubblicato in *JCP*, 1995, *Textes*, n. 67169, p.13.

commerciali, che tocca solo di striscio i termini di pagamento, ed è piuttosto puntato sui prezzi contrattuali.

Ma la novella più importante e controversa è quella del 1996, che, tra l'altro, interviene ancora sui termini di pagamento. Secondo una voce dottrinale essa sarebbe il risultato di un dibattito caotico e del *triomphe du lobbyisme*¹⁴⁵, per il *Conseil de la concurrence*, invece, essa sarebbe il frutto di una riflessione ponderata e allargata, che ha concluso per il potenziamento della versione originale della disciplina delle c.d. *pratiques restrictives*¹⁴⁶.

Tra le varie modifiche introdotte dalla novella del 1996 quelle che interessano di più in questa sede sono quelle apportate all'art. 36. Tale norma, nella sua nuova versione, non presenta più la proibizione generale del rifiuto di vendita (n. 2 abrogato), ma statuisce la responsabilità - da attivare davanti alle giurisdizioni civili - di qualsiasi produttore, commerciante, industriale o artigiano che metta in atto alcune pratiche ritenute contrarie alla lealtà commerciale.

Per comprendere la portata della norma e delle sue innovazioni, conviene riportare l'elencazione delle condotte illecite: 1) praticare, nei confronti di un partner economico, o ottenere dallo stesso, prezzi, termini di pagamento, condizioni di vendita o modalità di

¹⁴⁵ Così FOURGOUX J.C. e FOURGOUX J.L., *La réforme de l'ordonnance du 1^{er} juillet 1996: addition ou soustraction?*, JCP, éd. E, 1996, I, n. 601, p. 459, 460; cfr. anche JAMIN C., *RTD civ.*, 1996, 1009; per una valutazione più pacata VOGEL L., *Droit français de la concurrence*, JCP, 1996, I, n. 613, 515, 516.

¹⁴⁶ V. *Rapport d'activité* 1996.

vendita o di acquisto discriminatorie e non giustificate da contropartite reali, creando, in questo modo, allo stesso partner uno svantaggio o un vantaggio nella concorrenza; 2) ottenere o tentare di ottenere un vantaggio, quale condizione preliminare all'emanazione di ordinativi, senza l'accompagnamento di un impegno scritto su un volume d'acquisto proporzionato, e, all'occorrenza, di un servizio domandato dal fornitore e già oggetto di un accordo scritto; 3) ottenere o tentare di ottenere, sotto la minaccia di una rottura improvvisa (*brutale*) delle relazioni commerciali, prezzi, termini di pagamento, modalità di vendita o condizioni di cooperazione commerciale manifestamente derogatorie delle condizioni generali di vendita; 4) rompere improvvisamente, anche se parzialmente, una relazione commerciale stabilita senza preavviso scritto, [condotta che va valutata] tenendo conto delle relazioni commerciali anteriori o degli usi riconosciuti da accordi interprofessionali, [e considerando che] le disposizioni precedenti non impediscono la facoltà di recesso senza preavviso, in caso di inadempimento della controparte delle sue obbligazioni o di forza maggiore; 5) di partecipare direttamente o indirettamente alla violazione del divieto di rivendita fuori della rete distributiva rivolto al distributore legato da un accordo di distribuzione selettiva o esclusiva lecito secondo le regole del diritto della concorrenza. Il nuovo art. 36 si chiude precisando che l'azione di responsabilità civile è promossa davanti alla giurisdizione civile e commerciale competente da tutte le

persone che abbiano intesse, dal *Parquet*, dal ministro dell'economia, nonché dal presidente del *Conseil de la concurrence*, allorquando questi constati, in occasione di affari che rilevano per la sua competenza, una pratica illecita, e che il presidente della giurisdizione investita della causa può, su ricorso, ingiungere la cessazione delle pratiche illecite e disporre ogni altra misura provvisoria.

2. Unione europea: subfornitura industriale e termini di pagamento nelle transazioni commerciali

2.1 Le azioni comunitarie nel campo delle relazioni di subfornitura industriale

Nel corso degli anni l'azione degli organi comunitari ha più volte incrociato il tema delle relazioni di subfornitura industriale¹⁴⁷.

Un primo intervento della fine degli anni '70 si muove nella prospettiva antitrust. Con la comunicazione del 18 dicembre 1978, la Commissione Ce dichiara che quel tipo di accordi, che

¹⁴⁷ Per una rassegna dei profili presi in considerazione dagli organi comunitari v. PARDOLESI R., *Subfornitura industriale e Comunità europea*, in AA.VV. *Contratti di subfornitura, qualità e responsabilità*, POCAR F. cur., Milano, 1993, 31; nonché DJOUDI J., *La sous-traitance dans le contexte européen*, cit..

rappresenta una forma di divisione del lavoro, e, pur interessando le imprese di ogni dimensione, offre in particolare possibilità di sviluppo alle piccole e medie imprese, non ricade di per sé nel divieto dell'art. 85-1 (oggi, a séguito della rinumerazione, 85-1) del trattato Cee. Non è il caso di entrare nei particolari¹⁴⁸. La comunicazione obbedisce alla logica, piuttosto scontata per chi ragiona in chiave economicistica, che tali relazioni non costituiscono un pericolo dal punto di vista della restrizione della concorrenza. In altri termini, negli accordi di questo genere difetta il potere di mercato per mettere in atto pratiche restrittive come la fissazione di prezzi sovraconcorrenziali¹⁴⁹. Nell'ambito di questa trattazione essa va menzionata solo per ribadire la sorpresa (già) destata (in altri) dal fatto che gli organi comunitari non abbiano - a quell'epoca ed a maggior ragione successivamente - esplorato la prospettiva della tutela della concorrenza (anche) con riguardo agli strumenti di controllo della disparità di potere contrattuale tra imprese committenti e subfornitrici ed in particolare all'abuso di dipendenza economica¹⁵⁰. Una sorpresa che aumenta se si considera che la categoria della dipendenza economica non è sconosciuta alla Commissione la quale ne ha fatto applicazione in

¹⁴⁸ Chi sia intenzionato ad approfondire il tema può consultare MUSSO A., *Concorrenza e integrazione nei contratti di subfornitura industriale*, Milano, 1993, 17, 137 ss.; 255 ss.. Su tale tema, peraltro, incide oggi il più generale regolamento Ce n. 2790/1999 del 22 dicembre relativo all'applicazione dell'art. 81, paragrafo 3, del trattato Ce a categorie di accordi e pratiche concordate, in G.U.C.E. L 336 del 29 dicembre 1999.

¹⁴⁹ V. PARDOLESI R., *Subfornitura industriale e Comunità europea*, cit., 33.

¹⁵⁰ V. PARDOLESI R., *Subfornitura industriale e Comunità europea*, cit., 35.

materia di abuso di posizione dominante sanzionato dall'art. 82 (ex 86) del Trattato¹⁵¹.

Il problema della disparità di potere contrattuale tra imprese committenti e subfornitrici affiora, invece, dalle pieghe della comunicazione della Commissione Ce del 30 agosto 1989 sullo 'sviluppo della subfornitura nella Comunità'.

Nella comunicazione si legge, tra l'altro, che "il ruolo degli organi comunitari è, da un lato, di vigilare a che, nel quadro del diritto interno, sia creato un contesto giuridico ed economico favorevole alla subfornitura, soprattutto per quanto riguarda il suo sviluppo transnazionale. D'altro lato, è necessario contribuire al miglioramento dell'informazione e della comunicazione fra committenti e subfornitori di varie regioni della Comunità, come anche alla promozione della subfornitura e dei rapporti di partenariato, affinché il potenziale offerto dal grande mercato sia sfruttato al meglio". Tra le azioni propugnate nel documento figurano il coordinamento della subfornitura con le politiche comunitarie in materia di certificazione della qualità e di termini di pagamento, il miglioramento dell'informazione e della

¹⁵¹ La Corte di Giustizia, peraltro, ha risposto con un uso assai prudente della categoria della dipendenza economica (sul punto v. FRIGNANI A., *Abuso di posizione dominante*, in AA. VV., *Diritto antitrust italiano*, FRIGNANI A., PARDOLESI R., PATRONI GRIFFI A., UBERTAZZI L. C. cur., Tomo I, Bologna, 1993, 347 ss., ivi riferimenti alle decisioni comunitarie).

comunicazione tra committenti e subfornitori, e la promozione di rapporti di partenariato¹⁵².

¹⁵² Circa l'attuazione di queste linee programmatiche la Commissione ha recentemente stilato un bilancio, suddiviso nei tre obiettivi perseguiti, delle iniziative finora portate avanti e molte delle quali fanno capo alla DG XXIII, che si occupa di politica delle imprese, commercio, turismo ed economia sociale (nel documento "Iniziative comunitarie nel campo della subfornitura" si legge che "generalmente queste iniziative sono gestite dalla Direzione generale XXIII, ed iniziative congiunte sono messe in atto con altri servizi della Commissione [...]". Inoltre, la DG XXIII "[...] ha anche stabilito buone relazioni di lavoro con varie associazioni commerciali e con organizzazioni di subfornitori, come camere di commercio e agenzie per lo sviluppo, a livello europeo, nazionale e locale").

Nell'ambito del primo obiettivo di miglioramento della trasparenza del mercato si pongono:

1) la *Guide pratique des regimes juridiques de la sous-traitance industrielle dans la communit  européenne* del 1996, che   stata preceduta da due volumi con un taglio differente *Guida pratica sugli aspetti giuridici della subfornitura industriale nella Comunit  europea* (vol.I, *Il contratto di subfornitura*, Lussemburgo, 1990 e vol.II, *Il quadro giuridico della subfornitura nei dodici Stati membri*, Lussemburgo, 1992);

2) gli "Studi statistici sull'importanza economica della subfornitura" (v., da ultimo, *New industrial subcontracting in Europe*, 1997);

3) l'"Organizzazione e sostegno a seminari e incontri sulla subfornitura" (finora sono stati organizzati dalla DGXXIII due seminari a Madrid nel 1992 e a Graz nel 1998);

4) un "Elenco delle organizzazioni di subfornitori".

Nell'ambito del secondo obiettivo di potenziamento della cooperazione tra le imprese, si collocano:

1) lo "SCAN (SubContracting Assistance Network);

2) le "Nomenclature della subfornitura per settori";

3) il "Programma IBEX (International Buyers' Exhibitions);

4) la "Guida europea alla cooperazione";

5) le "Linee-Guida per la cooperazione nella subfornitura industriale";

6) i "Poli di sviluppo della subfornitura";

7) i "Progetti settoriali".

Nell'ambito del terzo obiettivo di promozione dell'internazionalizzazione della subfornitura europea, vanno iscritte:

1) le "Borse di studio per programmi di formazione in Giappone";

2) la "European Automotive Suppliers' Mission" nel Michigan.

Nella comunicazione del 1989, quindi, il problema dei termini di pagamento rientrava nell'agenda delle politiche in materia di subfornitura.

Successivamente, intervento sui termini di pagamento e politica sulla subfornitura hanno seguito evoluzioni diverse¹⁵³. L'intervento sui termini di pagamento ha imboccato un sentiero normativo sfociato, prima, nella raccomandazione del 12 maggio 1995 sui termini di pagamento nelle transazioni commerciali¹⁵⁴, e poi, nella proposta di direttiva relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali presentata dalla commissione il 23 aprile 1998, che saranno illustrate tra breve¹⁵⁵. Le iniziative di taglio giuridico sulla subfornitura si sono, invece, limitate alla predisposizione, sull'esempio della *soft law* francese sopra illustrata, di guide pratiche sugli aspetti e sui regimi giuridici della subfornitura industriale e al patrocinio delle "Linee direttrici per la partnership di subfornitura industriale", una sorta di codice deontologico, approntato dall'Unice (*Union of Industrial and Employers' Confederations of Europe*), l'organizzazione europea delle imprese industriali di più grandi dimensioni¹⁵⁶.

¹⁵³ Lo snodo si intravede nella risoluzione del parlamento europeo sulle comunicazioni della commissione al consiglio "Verso un mercato europeo della subfornitura" e "Partecipazione delle PMI agli appalti pubblici nella comunità" del 21 aprile 1993 in G.U.C.E. C 150 del 31 maggio 1993.

¹⁵⁴ In G.U.C.E. L 127 del 10 giugno 1995.

¹⁵⁵ In G.U.C.E. C 168 del 3 giugno 1998.

¹⁵⁶ V. *Guida pratica sugli aspetti giuridici della subfornitura industriale nella Comunità europea*, vol. I, *Il contratto di subfornitura*, cit., le cui pagine introduttive sono dedicate per buona parte a ricalcare l'utilità per il subfornitore, "quale parte contraente più piccola e più debole", di un contratto scritto.

Lo snodo è assai rilevante. Esso, infatti, è il sintomo del fatto che la comunità ha maturato l'intenzione di non intervenire normativamente sulla subfornitura, preferendo, da una parte, allargare il proprio spettro d'azione a tutti i contratti d'impresa, e, limitandosi, dall'altra, a prendere in considerazione il solo profilo di abuso di potere contrattuale ritenuto rilevante: i ritardi sui termini di pagamento¹⁵⁷. La limitazione dell'intervento ai termini di pagamento conferma la reticenza comunitaria – da imputare anche all'azione delle *lobbies* rappresentative delle imprese più grandi¹⁵⁸ – ad affrontare, sia dal punto di vista privatistico¹⁵⁹, sia da quello

¹⁵⁷ Desta perplessità la linea di pensiero che tenta di accreditare la prassi sui termini di pagamento come l'origine sola ed esclusiva di tutti i mali. In proposito, è stato efficacemente rilevato che “non è affatto scontato che una disciplina più rigorosa [sui termini di pagamento] sortisca l'effetto sperato. Il malvezzo è frutto evidente di una disparità di forza contrattuale, che, sin qui, il mercato non è riuscito a correggere. Il proverbiale tratto di penna del legislatore varrà a propiziare un ambiente giuridico più congruo; ma rimane esposto al pericolo di fungere da mero fiore all'occhiello fino a quando non saranno erose le condizioni strutturali che rendono possibili i lamentati abusi [...]” così PARDOLESI R., *Subfornitura industriale e Comunità europea*, cit., 44.

¹⁵⁸ Sul piano privatistico, tale reticenza si è delineata nel momento in cui gli organi comunitari hanno optato per la non estensione ai contratti tra imprese della direttiva sulle clausole abusive ai contratti conclusi con i consumatori. A questo proposito, ROPPO V., *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 277, 282, rileva che “fino a un certo punto dell'iter della direttiva, erano in campo proposte dirette ad attrarre anche clausole abusive contenute in siffatti rapporti [tra imprese 'forti' e 'deboli'] contrattuali sotto la disciplina di tutela: ma un' efficace azione di *lobbying* delle imprese di maggiori dimensioni e di superiore forza contrattuale ha condotto a circoscrivere l'area di applicazione della direttiva al più ridotto ambito definito dalla necessaria presenza di un consumatore (o utente) finale quale parte del contratto”.

¹⁵⁹ Ovviamente, la prospettiva privatistica è quella di gran lunga più complessa, e ciò nonostante il fiorire di iniziative di redazione di un codice civile europeo (sulle quali v., per tutti, BUSSANI M. e MATTEI U., *Alla ricerca del mondo comune del diritto privato europeo*, in AA. VV., *Studi in onore di Pietro*

antitrust, il tema della disparità di potere tra imprese nel suo complesso¹⁶⁰. D'altro canto, rispetto alla subfornitura, questa scelta istituzionale è anche il risultato della presa d'atto della natura oggettivamente proteiforme di un fenomeno - quello della subfornitura appunto - che varia a seconda del settore, dell'area geografica e delle modalità di organizzazione del sistema produttivo di riferimento, che evolve rapidamente, e che nella sua accezione più allargata annovera anche rapporti nei quali i subfornitori possono essere imprese con un potere economico e contrattuale superiore a quello di controparte.

Peraltro, ciò che non manca, a livello di atti comunitari, sono proprio le definizioni di subfornitura. Ma il plurale già svela il vizio di fondo dell'approccio europeo: gli organi comunitari nel corso del tempo non hanno fatto riferimento ad una sola nozione di subfornitura.

Rescigno, Tomo I, Milano, 1998, 185; BELLANTUONO G., *Diritto comunitario e diritto dei contratti: armonizzazione o diversificazione?*, in A.A.V.V., *Saggi di diritto privato europeo: persona proprietà contratto responsabilità civile privative*, PARDOLESI R. cur., 1995, 81 ss).

¹⁶⁰ Più d'uno è arrivato a sussumere dalla reticenza comunitaria ad intervenire sui contratti tra imprese una nuova dicotomia tra contratti con i consumatori e contratti commerciali (v., fra gli altri, ZENO ZENCOVICH V., *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra «contratti commerciali» e «contratti dei consumatori»*), in *Giur. it.*, 1993, IV, 57; e, per una rivisitazione in chiave efficientistica, MATTEI U., *Efficiency and Equal Protection in the New European Contract Law. Mandatory, Default and Enforcement Rules*, *Virginia J. Int'l L.* 607 (1999)).

2.2 Le definizioni comunitarie di subfornitura industriale

La vicenda delle definizioni europee di subfornitura industriale è prova del fatto che la sovrapposizione (non ponderata) del linguaggio giuridico-istituzionale a quello economico tenda ad aggiungere confusione all'incertezza.

Nella citata comunicazione della Commissione europea del 18 dicembre 1978, relativa alla valutazione dei contratti di subfornitura alla luce dell'articolo 85, paragrafo 1, si definiscono i contratti di subfornitura come “i contratti, che siano conclusi o non in séguito ad un ordine di un terzo, in base ai quali un'impresa detta «committente» incarica, impartendo proprie direttive, un'altra impresa, il «subfornitore», di fabbricare prodotti, fornire servizi o eseguire lavori destinati al committente o eseguiti per conto di questi”.

Quel che colpisce di più è la mancanza di un riferimento esplicito al carattere industriale della relazione di subfornitura (anche se dal tenore dell'intero documento si comprende che la Commissione si riferisca principalmente al settore industriale).

In un successivo documento la definizione muta. Nel paragrafo 1 della “Guida pratica sugli aspetti giuridici della subfornitura industriale nella Comunità europea” del 1990, intitolato

“definizione della subfornitura industriale”¹⁶¹, si legge che la subfornitura industriale potrebbe essere definita “in termini operativi come il caso in cui un’impresa, che chiameremo «committente», si rivolge ad un’altra impresa, che chiameremo «subfornitore», perché gli fornisca beni o servizi di cui il committente ha bisogno per la sua attività economica, generalmente – anche se non sempre – per incorporarli attraverso qualche forma di assemblaggio in un bene più complesso”. Questa definizione è corredata da una bipartizione tra subfornitura di capacità e di specializzazione, e da una tripartizione tra subfornitura di prodotti, attrezzature e servizi.

Riemerge dal titolo del documento il carattere industriale della relazione, scompaiono i termini «direttive» e «lavori», mentre la produzione del subfornitore appare finalizzata ad una generica «attività economica del committente» (la quale, come nelle espressioni adoperate nella definizione del 1978, è un’espressione più ampia di «processo produttivo del committente»). Inoltre, questa volta, la Commissione mostra di voler tenere distinta la subfornitura dal subappalto. Ciò è detto esplicitamente nel paragrafo 2 della guida. Ma quel che lascia sgomenti è il motivo su cui è fondata la distinzione tra subfornitura industriale e «subappalti praticati nei progetti di opere edilizie o di genio civile». Esso risiederebbe nella circostanza che ai subappalti corrispondono

¹⁶¹ La definizione è ripresa fedelmente nella citata *Guide pratique des regimes juridiques de la sous-traitance industrielle dans la communauté européenne* del 1996.

documenti contrattuali formalizzati e standardizzati, mentre identica situazione non è riscontrabile nel campo della subfornitura industriale dove la prassi contrattuale appare assai più frammentata. Col che si scambia l'effetto (un diverso modo di concepire la documentazione e la prassi contrattuale) con la causa (un diverso modo d'atteggiarsi delle relazioni contrattuali a seconda del comparto produttivo di riferimento)¹⁶².

Il punto di questa seconda definizione, che proietta le incertezze di maggiore gravità, è nella tripartizione tra subfornitura di prodotti, attrezzature e servizi. Sebbene la Commissione precisi che la guida è rivolta essenzialmente alla subfornitura di prodotti, a margine della subfornitura di servizi essa non manca di spiegare come nel suo ambito “il subfornitore fornisc[a] al committente servizi essenziali per il funzionamento dell'impresa, ma distinti dalla sua attività principale (per es., servizi di analisi di bilancio o servizi di manutenzione)”. Il riferimento è, in altri termini, alla pura esternalizzazione di servizi sganciata dal processo di produzione industriale del committente.

Le parole riportate sembrano sufficienti a dimostrare l'approssimazione con la quale gli organi comunitari si sono apprestati a definire, se pur soltanto “in termini operativi”, le relazioni di subfornitura.

¹⁶² La Commissione forse voleva dire che una guida contrattuale, la quale, in buona parte, decanta e raccomanda le virtù del contratto scritto, perde senso in un comparto produttivo dove la prassi contrattuale è altamente formalizzata.

Ultimamente, dai più recenti documenti comunitari, continuano a trasparire indecisioni sui settori da includere nella definizione di subfornitura (i settori da aggiungere sarebbero quello delle costruzioni e quello dei servizi)¹⁶³. Tali indecisioni sono il risultato non solo di uno scarso approfondimento dell'analisi economica, ma anche di opzioni (e pressioni) politiche.

Non esistono preclusioni a ricomprendere in una categoria (giuridica) più fenomeni economici. Ma occorre dimostrare che tutto ciò su cui si vuole intervenire abbia le stesse caratteristiche e, comunque, viva i medesimi problemi.

Nell'ottica di interventi di controllo della disparità di potere contrattuale nel campo della subfornitura, c'è da dubitare che la

¹⁶³ Nell'ultimo forum europeo sulla subfornitura, tenutosi a Graz nell'ottobre del 1998, gli organi comunitari tradivano ancora imbarazzo sul punto. Nel discorso d'apertura del forum, il direttore generale della DGXXIII prendeva atto che l'attenzione europea si era fin a quel momento focalizzata sulla subfornitura industriale ed in particolare su quattro settori oggetto di uno studio statistico (automobile, elettronica, tessile/abbigliamento e aeronautica), ma sottolineava il bisogno di sapere se la politica di supporto alla subfornitura industriale andasse estesa ad altri settori come quello delle costruzioni e dei servizi (v. il documento *Annali. Secondo forum europeo sulla subfornitura*, 1998, 16). Durante lo svolgimento dei lavori venivano avanzate da più parti istanze di allargamento dell'azione europea alla subfornitura collegata a commesse della pubblica amministrazione, all'edilizia, ai servizi (v. *Annali. Secondo forum europeo sulla subfornitura*, cit., 30, 31 e 36). Ma le indecisioni di fondo permangono nella relazione conclusiva del capo unità DGXXIII/A3, il quale affermava: "Come ultimo punto desidero toccare il tema del concetto stesso della "subfornitura" ("*Zulieferwesen, subcontracting, sous-traitance, [...]*"). Personalmente ho l'impressione che sarebbe utile mantenere questo termine nonostante le divergenze nelle varie lingue. Tuttavia, e credo che questo sia un compito che non spetti solo alla Commissione, dovremmo sforzarci tutti di chiarire il contenuto di questo termine in modo che tutti sappiamo di cosa si sta parlando, nonostante il fatto che tale concetto sia in costante trasformazione [...]" (v. *Annali. Secondo forum europeo sulla subfornitura*, cit., 53).

prospettiva di raccogliere nella categoria della subfornitura settori non industriali e prestazioni che non attengono ad un determinato processo di produzione manifatturiera sia corretta.

In proposito, si deve sottolineare che il carattere immateriale dei servizi fa sì che nel loro settore l'esternalizzazione si espliciti in forme diverse dall'industria, dando vita a relazioni contrattuali che pongono problemi (parzialmente) differenti. Nel settore dei servizi non è dato riscontrare quella disintegrazione della filiera produttiva - particolarmente evidente nei sistemi di produzione automobilistica o aerospaziale -, che in campo industriale produce la stratificazione di vari - a volte numerosi - livelli di relazioni contrattuali tra le imprese specializzati nelle varie fasi di produzione. Come si è visto nel primo capitolo, tale stratificazione ha conseguenze sia sul potere contrattuale delle imprese, sia sul modo di costruire il rapporto contrattuale. La natura degli investimenti specifici - i quali rappresentano uno dei parametri per l'individuazione della disparità di potere contrattuale nelle relazioni tra imprese - è tendenzialmente diversa nel terziario (dove sono determinanti gli investimenti intangibili, ad esempio, in termini di capitale umano), e nell'industria (dove rimangono rilevanti gli investimenti tangibili in capitale fisso).

Nella prospettiva di un allargamento della nozione di subfornitura, occorre tener conto dell'indeterminatezza della categoria di servizi, che, senza nessuna specificazione restrittiva, è in grado di raccogliere al suo interno fenomeni assai divaricati

come le attività creditizie, assicurative, di trasporto, di distribuzione e così via.

V'è da rilevare, peraltro, che l'importanza della questione, a livello di Unione europea, appare affievolita dalla scelta di limitarsi - almeno per il momento - nel campo della subfornitura ad iniziative di *soft law* come codici deontologici e guide contrattuali. L'unico abbozzo di intervento normativo è, infatti, rappresentato dalla iniziativa sui termini di pagamento, a cui si deve ora volgere lo sguardo.

2.3 Le politiche comunitarie in materia di termini di pagamento nelle transazioni commerciali

Il *rationale* economico per interventi normativi sul problema dei termini di pagamento è di immediata percezione. Tale problema assume il duplice profilo delle lunghe dilazioni - magari imposte attraverso condizioni generali di contratto - o e dei ritardi (che spesso si innestano sulle prime). Nell'esempio delle relazioni di subfornitura, la pratica è stata additata come un modo delle imprese committenti di finanziarsi impropriamente attraverso le imprese subfornitrici. Ma nei casi più gravi dei termini esasperatamente dilatati un ulteriore effetto deleterio sta nella deviazione dei rischi di mercato sulle controparti.

Preceduta da documenti volti a far affiorare le dimensioni statistiche del problema¹⁶⁴, il 12 maggio 1995 viene emanata la raccomandazione della Commissione Ce 95/198 sui termini di pagamento nelle transazioni commerciali.

Nei 'considerando' la Commissione mostra di inquadrare il problema sotto il duplice profilo dei termini troppo lunghi e dei ritardi. Per le imprese, in particolare quelle medie e piccole, la lunghezza dei termini di pagamento è causa di pesanti oneri amministrativi, mentre i ritardi di pagamento rappresentano un rischio per l'equilibrio finanziario e per la stessa sopravvivenza. Tali pratiche deteriori non sono imputabili solo a fattori congiunturali, ma sono il portato di una negativa e strutturale evoluzione delle relazioni interimprenditive. La diversità delle regole (e delle prassi) sussistenti negli Stati membri sui termini di pagamento rappresentano un ostacolo al buon funzionamento del mercato interno.

La Commissione, perciò, invitava gli Stati membri ad adottare i provvedimenti giuridici e pratici necessari per far rispettare i termini di pagamento contrattuali nelle transazioni commerciali e per assicurare migliori termini di pagamento negli appalti pubblici.

¹⁶⁴ V. gli studi approntati dalla DG XXIII della Commissione Ce *Termini di pagamento per piccole e medie imprese una sfida nel mercato interno*, Lussemburgo, 1989 e *Documento di lavoro dei servizi della commissione sui termini di pagamento nelle transazioni commerciali* del 18 novembre 1992.

Gli stati erano in particolare invitati ad adottare i provvedimenti più adeguati, in modo da completare il loro sistema giuridico e amministrativo ai seguenti fini:

- 1) rafforzare la trasparenza nei rapporti contrattuali, migliorare la formazione e l'informazione delle imprese ed attenuare gli effetti fiscali sui termini di pagamento;
- 2) assicurare un risarcimento adeguato in caso di ritardi di pagamento;
- 3) garantire appropriate procedure di ricorso;
- 4) eliminare le difficoltà degli scambi transfrontalieri;
- 5) migliorare il pagamento nell'ambito degli appalti pubblici.

Constatato il fallimento degli scopi perseguiti nella raccomandazione¹⁶⁵, la Commissione ha presentato il 23 aprile 1998 una proposta di direttiva relativa alla lotta contro i ritardi nei termini di pagamento nelle transazioni commerciali.

La proposta delineava, nei tratti essenziali di questa sua iniziale versione, un apparato di strumenti giuridici finalizzato alla fissazione di una regola legislativa dispositiva contenente un termine di pagamento massimo che non deve superare i 21 giorni dalla data della fattura, al sanzionamento dei ritardi sui termini di pagamento mediante interessi automatici di mora di livello almeno pari a quello risultante dalla somma del tasso d'interesse per operazioni di riacquisto (pronti conto termine) della Banca centrale

¹⁶⁵ V. la comunicazione della Commissione *Relazione sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali* del 9 luglio 1997 in G.U.C.E. C 216 del 17 luglio 1997.

europea («tasso di riferimento») e di otto punti percentuali («margine»), nonché mediante pieno risarcimento del danno (art. 3), all'attivazione generalizzata del meccanismo della riserva di proprietà a garanzia del credito (art. 4), al rafforzamento delle procedure per il recupero accelerato dei crediti non contestati (art. 5) e delle procedure legali semplificate per debiti di importo modesto (art. 6), alla predisposizioni di nome *ad hoc* per i pagamenti dell'autorità pubbliche (art. 7 e 8).

Tale proposta, dopo i pareri del Comitato economico e sociale e del Parlamento, è stata modificata il 30 ottobre 1998, per poi essere rimaneggiata e ridimensionata, con il taglio delle regole sul riconoscimento della validità delle clausole di riserva di proprietà e della disciplina specifica per i pagamenti da parte degli appaltatori pubblici, nella posizione comune del Consiglio Ce del 29 luglio 1999.

Con l'ultima (improvvisa) virata la proposta ha assunto una connotazione assai più incisiva dell'autonomia contrattuale. Il parere della Commissione Ce sugli emendamenti del Parlamento recante modifica della proposta della Commissione dell'8 marzo 2000 ricuce le regole tagliate dal Consiglio, e soprattutto, potenzia la c.d. clausola antiabuso dell'art. 3, inserendo alcuni nuovi paragrafi di notevole rilievo¹⁶⁶.

¹⁶⁶ I paragrafi dal 3 al 6 recitano:

"3. Gli Stati membri assicurano che un accordo sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardo di pagamento che non sia conforme alle disposizioni di cui ai paragrafi 1, lettere da b) a d) e 2 non possa essere fatto

A proposito di tale potenziamento la Commissione, nelle osservazioni preliminari del parere, rileva che "si prevedono tutele procedurali analoghe a quelle previste all'articolo 7 della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. Come risultato, i creditori risulteranno più efficacemente protetti dai clienti potenti che tentano di imporre loro scadenze di pagamento eccessivamente prolungate".

In effetti, tali nuove disposizioni, sulla scorta del diciannovesimo 'considerando' il quale declama che la direttiva dovrebbe proibire l'abuso di libertà contrattuale, mettono fuori gioco l'accordo sulla data del pagamento o sulle conseguenze del

valere e non dia diritto a un risarcimento del danno, se, considerate tutte le circostanze del caso, ivi compresa la corretta prassi commerciale e la natura del prodotto, risulti gravemente iniquo nei confronti del creditore. Per determinare se un accordo è gravemente iniquo per il creditore, si terrà conto se il debitore ha qualche motivo oggettivo per non conformarsi alle disposizioni dei paragrafi 1, lettere da b) a d), e 2 oppure se l'accordo ha quale scopo principale di procurare al debitore liquidità addizionale a spese del creditore. Ove si accerti che tale accordo è gravemente iniquo, si applicano i termini legali, a meno che il giudice nazionale non riporti il contratto ad equità.

4. Gli Stati membri, nell'interesse dei creditori e dei concorrenti, provvedono a fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole gravemente inique ai sensi del paragrafo 3.

5. I mezzi di cui al paragrafo 4 comprendono disposizioni che permettano a persone o organizzazioni di adire, in rappresentanza degli interessi di piccole e medie imprese ai sensi della raccomandazione della Commissione 96/280/CE, a seconda del diritto nazionale, le autorità giudiziarie o gli organi amministrativi competenti affinché stabiliscano se le clausole contrattuali redatte per un impiego generalizzato siano gravemente inique ai sensi del paragrafo 3, ed applichino mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di tali clausole.

6. Nel rispetto della legislazione nazionale, i ricorsi di cui al paragrafo 5 possono essere diretti, separatamente o in comune, contro più acquirenti dello

ritardo che non sia conforme ai primi due paragrafi dell'art. 3 e risulti, in considerazione di tutte le circostanze del caso compresa la corretta prassi commerciale e la natura del prodotto, «gravemente iniquo» nei confronti del creditore. Inoltre, tra i mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole sui termini di pagamento gravemente inique vengono indicate norme che permettano a persone o a organizzazioni di adire, in rappresentanza degli interessi di piccole e medie imprese, le autorità giudiziarie e gli organi amministrativi competenti.

3. Italia: la legge sui contratti di subfornitura nelle attività produttive (e sull'abuso di dipendenza economica)

3.1 Il dibattito 'sommerso' sul contesto istituzionale italiano delle relazioni di subfornitura industriale

Le indagini empiriche, benché presentino il limite di non essere amalgamate da una *koiné* teorica, sono in grado di registrare come il fenomeno della subfornitura in Italia sia assai diffuso e le imprese subfornitrici abbiano, nella maggior parte dei casi, dimensioni assai

stesso settore economico o le loro associazioni che utilizzano o raccomandano l'inserzione delle stesse clausole contrattuali generali o di clausole analoghe".

contenute¹⁶⁷. Non si va lontano dal vero nell'affermare che nel nostro paese, la storia della subfornitura si identifica, in buona parte, con le alterne fortune delle piccole imprese industriali ed artigiane che, comunemente, vengono indicate come il nerbo del nostro tessuto produttivo.

Dal punto di vista giuridico-istituzionale, però, le relazioni contrattuali di subfornitura industriale sono rimaste a lungo confinate nel mondo del sommerso, e questo, principalmente per due ragioni. Da una parte, chi aveva contezza del fenomeno tendeva, sulla scorta della riconduzione alla più ampia 'categoria' del decentramento produttivo, a guardarlo con diffidenza o a condannarlo apertamente, dall'altra, chi lo identificava con un'espressione - una delle tante - dei rapporti organizzati secondo schemi subcontrattuali se ne occupava con il limitato respiro a cui una tale prospettiva costringe.

Conviene esaminare partitamente i due profili.

Gli atteggiamenti di ostilità verso la subfornitura derivano dal fatto che la tesi della natura patologica-contingente del decentramento, a cui si è accennato nel primo capitolo, è stata in un primo tempo vincente. Sospinta dall'azione dei sindacati dei lavoratori, essa ha condotto a interpretazioni fondamentalistiche

¹⁶⁷ V. *Indagine sulle imprese manifatturiere. Sesto rapporto sull'industria italiana e sulla politica industriale*, a cura di Mediocredito e Ministero dell'industria, Roma, 1997, nonché, con riferimento ad una specifica area geografica, *Osservatorio della subfornitura*, edito annualmente da Camera di Commercio di Genova, Borsa Ligure della Subfornitura, Centro Estero delle

della legge n. 1936 del 1960 sul divieto di interposizione di mano d'opera¹⁶⁸.

Sul piano del diritto commerciale, si guardava anche al problema della disparità di potere contrattuale tra imprese. Ma un'eccessiva semplificazione del quadro portava spesso a descrivere le piccole imprese subfornitrici come sistematicamente subordinate a quelle committenti¹⁶⁹. E' in quest'atmosfera, che una voce dottrinale giunge ad auspicare l'emanazione di una disciplina di protezione delle piccole imprese subfornitrici¹⁷⁰.

Sotto il profilo della identificazione (e della riduzione) della subfornitura nelle problematiche subcontrattuali¹⁷¹, va rilevato che,

Camere di Commercio del Veneto, ed Unioncamere di Emilia-Romagna, Lombardia, Piemonte e Toscana.

¹⁶⁸ Su questa vicenda v., da ultimo, ICHINO P., *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa. La disciplina della segmentazione del processo produttivo e dei suoi effetti sul rapporto di lavoro*, relazione al convegno "Giornate di studio dell'AIDLaSS", Trento 4 e 5 giugno 1999, leggibile sul sito Internet http://www.univr.it/aidlass/ichino_99.html.

¹⁶⁹ V. BIN M., *La piccola impresa industriale*, Bologna, 1983; DENOZZA F., *Imprese artigiane e decentramento produttivo*, Riv. dir. comm., 1976, 810 ss..

¹⁷⁰ "Anzi tutto, sul piano normativo, le piccole imprese subfornitrici, come tutti i contraenti <deboli>, potrebbero trarre vantaggio da una più moderna ed incisiva disciplina in materia di condizioni generali di contratto. Inoltre, parrebbe ormai matura - e suscettibile di assumere un ruolo garantistico di tutela (almeno formale) delle imprese subfornitrici contro gli abusi delle grandi imprese committenti - l'adozione di una disciplina autonoma e <tipizzata> (con una componente anche inderogabile, e pur se con varianti ed articolazioni corrispondenti alle diversità di <sottotipi>) del contratto di subfornitura" (così BIN M., *La piccola impresa industriale*, cit., 269).

¹⁷¹ V. ALPA G., *Sub-fornitura (Contratto di)*, in *Noviss. dig. it.*, App., VII, 1987, 597 ss.; MARINELLI N., *Il subappalto*, in *Quaderni giuridici dell'impresa*, 1992, 25, 30 s.; con riferimento ai contratti internazionali DRAETTA U., *Il subcontratto nella prassi internazionale*, e DE NOVA G., *La responsabilità contrattuale: i rapporti fra le parti nei contratti di subfornitura*, in AA.VV. *Contratti di subfornitura, qualità e responsabilità*, Pocar F., cur., cit., 3 e 51.

anche in questo caso, come nei tentativi europei di definizione della subfornitura, la confusione nasce dalla (non ponderata) sovrapposizione del linguaggio giuridico a quello economico.

I giuristi tendono spesso a sottovalutare ciò che vi è dietro il linguaggio della teoria e della prassi economica, o, comunque, preferiscono guardarvi attraverso l'angolo visuale delle categorie del settore in cui sono specializzati. Non desta sorpresa, quindi, il fatto che i civilisti e gli internazionalisti italiani, di fronte ad un fenomeno economico contrattuale denominato con un termine contenente il prefisso 'sub', l'abbiano 'istintivamente' ricollegato alla teoria del sub-contratto.

Invero, si tratta di un abito mentale, in qualche misura, condiviso con i colleghi stranieri. Ne è testimonianza l'anfibologia del termine francese *sous-traitance*. Ma il pragmatismo d'oltre confine ha consentito di andare oltre le questioni terminologiche.

In Italia, invece, l'approccio parziale alle relazioni di subfornitura ha contribuito a marginalizzare il dibattito sulla questione più importante dalle stesse suscitata: i problemi connessi alle situazioni di disparità di potere contrattuale.

3.2 Il controllo della disparità di potere contrattuale nelle relazioni di subfornitura industriale alla luce dell'analisi economica del diritto

A metà degli anni '80, per la prima volta, uno studio di taglio giuridico affrontava organicamente - con l'ausilio dell'analisi economica e della comparazione - i temi dell'inquadramento giuridico del contratto di subfornitura e del controllo della disparità di potere contrattuale¹⁷².

A proposito del primo tema si rilevava che la spaccatura, osservabile nella prassi, tra rapporti basati sulla mera iterazione di commesse minime documentate (o, addirittura, proposte ed accettate oralmente), la cui vocazione di lungo periodo è ricostruibile solo *ex post*, e rapporti integrati, ovvero fondati su contratti scritti più o meno complessi che recano al centro della trama delle clausole contrattuali un impegno di lungo periodo, rappresenta il primo sbarramento alla possibilità di configurare un (nuovo) tipo sociale. Rispetto ai soli contratti di subfornitura integrata, poi, l'elemento di identificazione, costituito dalla partecipazione all'altrui processo produttivo, si esplica in modalità differenti vanificando la possibilità di racchiuderli in un'unica tipologia. In buona sostanza, si concludeva che non è possibile sottrarsi ad una valutazione caso per caso della scelta dei tipi

codicistici a disposizione (la vendita, l'appalto e la somministrazione), con le annesse difficoltà - analoghe a quelle sperimentate dai francesi - di reperire criteri univoci di distinzione.

In merito al controllo (normativo) degli abusi di potere contrattuale, l'autore del saggio prendeva le mosse dalla constatazione della sostanziale inutilità della disciplina codicistica sulle condizioni generali di contratto¹⁷². Riguardo, poi, alle istanze di stabilizzazione del rapporto, egli sconsigliava di trapiantare nel campo della subfornitura la deriva (iper)protezionistica sperimentata sui contratti di distribuzione e fondata su interventi legislativi *ad hoc* come le leggi statunitensi in materia di giusta

¹⁷² V. PARDOLESI R., *Subfornitura industriale e diritto: un rapporto difficile*, in *L'artigianato nell'economia e sul territorio, Analisi delle tendenze evolutive*, GOBBI U. cur., I, Roma, s.d., ma 1985, 133.

¹⁷³ La sostanziale inutilità del binomio costituito dagli art. 1341 e 1342 c.c. risalta soprattutto se messa a confronto con l'applicazione giurisprudenziale della clausola generale del paragrafo 9 dell'*AGB-Gesetz*, la legge tedesca sulle condizioni generali di contratto del 1977 (la rilevanza di questa applicazione è un dato che non è sfuggito alla dottrina comparatistica italiana, v., infatti, RIZZO V., *Le «clausole abusive» nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, Napoli, 1994, 95 ss., e 217 ss.; GAMBARO A., *Le clausole vessatorie tra impresa e consumatore: un viaggio nella Western Legal Tradition*, in AA.VV. *Trasparenza e legittimità delle condizioni generali di contratto*, MARINI e STOLFI, cur., Napoli, 1992, 37; nonché, anche con riferimento all'impatto della politica comunitaria ristretta ai consumatori, SOMMA A., *Tecniche di tutela del contraente debole nella disciplina della contrattazione standard: riflessioni sull'esperienza tedesca*, in AA.VV. *Annuario di diritto tedesco 1998*, PATTI S. cur., Milano, 1998, 141, 161 ss.). I margini di applicazione di questa norma ai contratti di subfornitura sono esplorati da FRITZINGER B., *La subfornitura in Germania: il rapporto fra committente e subfornitore e la legge sulle condizioni generali di contratto*, in *Contratto e impresa. Europa*, 1999, 147.

causa per il recesso¹⁷⁴. Un intervento istituzionale di questo genere - si rimarcava - correrebbe il rischio di diventare controproducente. Infatti, dalla prospettiva della grande impresa, che deve scegliere se produrre in proprio o acquistare, il levitare dei costi transattivi del rapporto con il subfornitore potrebbe orientare la scelta a favore del *making* o indurre a rivedere quella già fatta nel senso del *buying*. Ad esempio, "l'imposizione di un'elevata barriera all'uscita del contratto avrebbe proprio l'effetto di elevarne drasticamente il costo; e nella misura in cui impedisse all'impresa committente di catturare le opportunità che si presentano sul mercato, potrebbe addirittura innescare un processo inverso a quello, oggi prevalente, di deverticalizzazione"¹⁷⁵. In conclusione, la prospettiva più praticabile e consigliabile rimaneva la protezione degli investimenti effettuati in ragione del rapporto e del suo protrarsi di là dal termine fissato dal contratto. L'appiglio normativo era trovato nelle clausole generali sulla buona fede contrattuale ed in particolare nell'art.1337 c.c. sulla *culpa in contrahendo*.

Il saggio appena sunteggiato, ed i molti spunti di riflessione che esso offriva, sono - con tutta probabilità, a causa della sua nascosta collocazione editoriale - passati sotto silenzio¹⁷⁶. E così il dialogo

¹⁷⁴ V. PARDOLESI R., *Subfornitura industriale e diritto: un rapporto difficile*, cit., 144.

¹⁷⁵ Così PARDOLESI R., *Subfornitura industriale e diritto: un rapporto difficile*, cit., 144.

¹⁷⁶ Uno sforzo - tardivo - di riprendere gli spunti offerti dal saggio di Pardolesi è in CASO R., *Subfornitura industriale: analisi giuseconomica delle situazioni di disparità di potere contrattuale*, in *Riv. critica dir. privato*, 1998, 243.

tra giuristi ed economisti sul tema della disparità di potere contrattuale nelle relazioni di subfornitura non ha mai preso piede in Italia.

3.3 Il tormentato iter legislativo della legge 18 giugno 1998 n. 192 sulla disciplina della subfornitura nelle attività produttive (e sull'abuso di dipendenza economica)

Dalla seconda metà degli anni '80 negli uffici delle associazioni di categoria delle piccole e medie imprese italiane si comincia ad organizzare un'intesa azione di pressione sul parlamento italiano - in parallelo a quella esercitata sugli organi comunitari - per la predisposizione di misure normative di intervento sui problemi connessi alla tendenziale disparità di potere contrattuale tra imprese committenti e subfornitrici.

E' con questa azione che deve essere messa in relazione la comparsa nel corso della XII legislatura delle prime proposte di legge sulla regolamentazione delle relazioni contrattuali di subfornitura¹⁷⁷. Inizia così il tormentato iter legislativo che, nella

¹⁷⁷ Fra le prime iniziative legislative della XII legislatura, vi è il disegno di legge n. 932, "Disciplina dei rapporti tra grandi imprese e subfornitori", di iniziativa dei senatori Tapparò. Va menzionato poi il d.d.l., il n. 1143, "Disciplina della subfornitura industriale", di iniziativa dei senatori Baldelli. A queste iniziative senatoriali fanno eco le proposte di legge n. 1759 d'iniziativa del deputato Gori e n. 1667 di iniziativa dei deputati Porta ed altri. L'articolato

successiva legislatura¹⁷⁸, porterà, nonostante la ruvida opposizione delle organizzazioni rappresentative delle imprese di grandi dimensioni¹⁷⁹, all'approvazione della legge 18 giugno 1998, n. 192 sulla disciplina della subfornitura nelle attività produttive¹⁸⁰.

assume un volto simile a quello che poi è diventato legge con l'unificazione dei disegni di legge n. 932 e 1143.

¹⁷⁸ E' il testo unificato dei d.d.l. 637 e 644-A, proposto con il titolo "Disciplina della subfornitura nelle attività produttive" dalla X commissione permanente (industria commercio, turismo), relatore Micele, che concluderà l'iter parlamentare.

¹⁷⁹ Per una ricostruzione - pur sempre di parte, ma ricca di riferimenti - dell'intera vicenda legislativa si può leggere il *pamphlet* recentemente approntato da uno dei senatori promotori della legge (TAPPARO G., *La subfornitura. Una legge tra lobbies e peones*, Firenze, 2000).

¹⁸⁰ Tra i commenti, di taglio generale, alla legge n.192 del 1998 vanno segnalati A.A.V.V., *La subfornitura. Commento alla l. 18 giugno 1998 n. 192*, ALPA G. e CLARIZIA A. cur., Milano, 1999; NICOLINI G., *Subfornitura e attività produttive*, Milano, 1999; BORTOLOTTI F., *I contratti di subfornitura. La nuova legge sulla subfornitura nei rapporti interni ed internazionali*, Padova, 1999; A.A.V.V., *La disciplina del contratto di subfornitura nella legge n.192 del 1998*, SPOSATO L. e COCCIA M. cur., Torino, 1999; A.A.V.V., *La subfornitura nelle attività produttive*, CUFFARO V. cur., Napoli, 1998; A.A.V.V., *La subfornitura. Legge 18 giugno 1998, n.192*, DE NOVA G. cur., Milano, 1998; DE NICOLA A. e COLOMBO L., *La subfornitura nelle attività produttive. Il nuovo contratto di subfornitura ex legge 18 giugno 1998, n.192. Disciplina civilistica e fiscale*, Milano, 1998; GRANIERI M., *Il contratto di subfornitura industriale. I contenuti, le fonti, le formule. Legge 18 giugno 1998, n.192*, Roma, 1998; PARDOLESI R. e CASO R., *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, 712; DE NOVA G., *La subfornitura: una legge grave*, *ibid.*, 449; FRANCESCHELLI V., *Un nuovo contratto commerciale: la subfornitura, Diritto e pratica delle società*, 1998, 9; FRIGNANI A., *Disciplina della subfornitura industriale nella legge n.192/98: problemi di diritto sostanziale, I contratti*, 1999, 188; IUDICA G., in *I contratti*, 1998, 411; PADOVINI F., *La nuova disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, *Studium iuris*, 1999, 1; per trattazioni di singoli profili v. ICHINO P., *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa. La disciplina della segmentazione del processo produttivo e dei suoi effetti sul rapporto di lavoro*, relazione al convegno "Giornate di studio dell'AIDLaSS", Trento 4 e 5 giugno 1999 leggibile sul sito Internet http://www.univr.it/aidlass/ichino_99.html; NOGLER L., *Lavoro a domicilio. Art. 2128, cit.*, 212 ss.; MORA A., *Subfornitura e dipendenza economica*, in *I*

Sebbene le iniziative legislative (e l'azione comunitaria) siano state oggetto di un aspro scontro politico, di cui i quotidiani hanno dato spesso notizia, esse sono rimaste (praticamente) sconosciute al dibattito teorico, tanto sul fronte economico, che su quello giuridico.

La circostanza non sorprende più di tanto.

Sempre più spesso, la macchina legislativa si muove secondo dinamiche assolutamente svincolate dalla teoria, e, all'opposto, le speculazioni teoriche su temi (anche assai) rilevanti dal punto di vista pratico - come le relazioni contrattuali tra imprese - seguono distrattamente l'operato del legislatore. Gli effetti deleteri di questi difetti di comunicazione sono poi amplificati dalle particolari difficoltà che il dialogo tra economisti e giuristi incontra - almeno rispetto a determinate materie - nel nostro paese.

Sta di fatto che alla fine dei lavori parlamentari la legge ha assunto una struttura anfibia.

Benché si intraveda l'influenza delle politiche comunitarie sui termini di pagamento e del modello francese dell'abuso di

contratti, 1999, 95; GITTI G., *Gli accordi interprofessionali "in deroga" alla disciplina legale del contratto di subfornitura*, *ibid.*, 300; PRATI L., *La sanzione della nullità nel contratto di subfornitura*, *ibid.*, 1999, 293; nonché *La disciplina della subfornitura, la proprietà intellettuale ed il know-how del committente, Il diritto industriale*, 1999, 19; TAMPONI M., *Contratti di subfornitura e contratti agro-industriali: due leggi a confronto*, *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1999, II, 36; TULLIO A., *La subfornitura industriale: considerazioni in merito all'ambito di applicazione della legge n. 192 del 1998 e alla forma del contratto di subfornitura*, *Giust. civ.*, 1999, II, 251; LAPERTOSA F., *La soluzione delle controversie nei contratti di subfornitura*, *ibid.*, 291.

dipendenza economica, la legge italiana in molte soluzioni persegue una propria traiettoria.

Le maggiori peculiarità - rispetto alla via francese ed a quella europea - sono costituite dalla caratterizzazione settoriale e - rispetto alla sola esperienza esagonale - dalla natura privatistica della normativa. Tali peculiarità si spiegano principalmente con due motivi strettamente attinenti al *legal process*.

Il primo è dovuto alla circostanza che i gruppi di pressione rappresentativi di piccole imprese industriali e artigiane, le quali svolgono prevalentemente attività di subfornitura (ma rivestono anche i panni della committenza), si sono dimostrati in Italia tanto forti e dinamici da portare a casa una regolamentazione dedicata (almeno di facciata) al loro settore. L'interventismo ha potuto far leva sul fatto che la prassi della subfornitura italiana sembra, in base ai - pur frammentari - rilievi empirici a disposizione e nel confronto con altri contesti stranieri, maggiormente esposta ad abusi di potere contrattuale¹⁸¹.

¹⁸¹ Una conferma, limitata al problema dei termini di pagamento, viene dal fatto che l'Italia figurava tra gli ultimi posti nella classifica europea sulla durata dei termini di pagamento (v., in proposito la comunicazione della Commissione *Relazione sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali* del 9 luglio 1997, cit., e A.A.V.V., *Modalità e ritardi nei pagamenti in Italia e in Europa* 1998, cit.).

Ancora nel 1993 una voce dottrinale poteva scrivere, con riferimento allo scollamento tra le guide contrattuali europee e la realtà (italiana), "ammesso pure che quella della subfornitura non sia necessariamente la storia della moderna schiavitù industriale, non sembra ragionevole trasformarla, d'incanto, in un paradiso (accidentato) di rapporti tra eguali [...]", così PARDOLESI R., *Subfornitura industriale e Comunità europea*, cit., 46.

Il secondo è dovuto ad un delicato passaggio dell'iter terminale della legge che ha condotto ad espungere la norma sull'abuso di dipendenza economica dal tessuto antitrust, cui era destinata nella formulazione iniziale.

La legge non è, per le ragioni che si sono già dette, il frutto di un lavoro teorico, ma di iniziative, scontri e compromessi politici. Il tono delle norme è spesso giuridicamente atecnico, le esigenze sistematiche sono trascurate e la struttura stessa della legge è, in parte, frutto di accidenti.

In proposito, va rilevato che proprio in Italia l'informalità negoziale, che domina la gran parte dei rapporti (che, si badi, involgono imprese di medie e piccole dimensioni) ed è ritenuta tradizionalmente un fattore strategico per la speditezza delle relazioni interimprenditive, ha mostrato alcuni limiti. Tali limiti sono forse legati, in via generale, alla crescente complessificazione delle relazioni interimprenditive, le quali necessitano sempre più di strumenti negoziali formali e sofisticati. Si pensi, ad esempio, al fatto che la stessa indole continuativa di molti rapporti di subfornitura, la quale in altri contesti si tradurrebbe nell'adozione della struttura articolata di contratti quadro e singoli contratti attuativi, è difficilmente riconoscibile nei fatti.

Di fatto, la mancanza di una consuetudine a documentare il rapporto contrattuale, unitamente alla mancanza di un quadro normativo di riferimento attrezzato con apposite *default rules*, si è trasformata in un fattore di amplificazione del rischio di comportamenti opportunistici (presumibilmente perpetrati da parte dei soggetti i quali, anche se non di grandi dimensioni, si rivelano contrattualmente dominanti).

D'altra parte, se una prassi contrattuale formalizzata si è affermata in settori circoscritti, ciò è stato per volontà delle imprese di grandi dimensioni. Il riferimento è ovviamente a quei settori del fenomeno nei quali tali imprese preferiscono esercitare il proprio prepotere contrattuale attraverso la predisposizione di formulari zeppi di clausole vessatorie.

3.4 Le norme della legge n. 192 del 1998 sul controllo della disparità di potere contrattuale

Occorre ora guardare più da presso alla legge n. 192 del 1998. Ad una rassegna delle norme più direttamente attinenti al problema della disparità di potere contrattuale, seguirà una breve analisi dell'art. 1 (definizione) e della sua connessione con l'art. 9 (abuso di dipendenza economica). Tale analisi va, infatti, al cuore del tema di questo capitolo: la scelta istituzionale tra intervento settoriale e disciplina a compasso allargato in materia di controllo della disparità di potere contrattuale tra imprese.

L'art. 1 definisce la subfornitura¹⁸². L'intenzione originaria era forse la costruzione di una nuova tipologia contrattuale. Ma nel risultato finale la legge detta esclusivamente (o quasi) norme imperative, rinunciando a fornire anche una disciplina esaustiva - cioè comprensiva di tutte le necessarie norme dispositive - del contratto di subfornitura. Essa, quindi, innesca un processo di

¹⁸² Il testo dell'art.1 (definizione) è il seguente:

1. Con il contratto di subfornitura un imprenditore si impegna a effettuare per conto di una impresa committente lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie prime forniti dalla committente medesima, o si impegna a fornire all'impresa prodotti o servizi destinati ad essere incorporati o comunque ad essere utilizzati nell'ambito dell'attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso, in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall'impresa committente.

2. Sono esclusi dalla definizione di cui al comma 1 i contratti aventi ad oggetto la fornitura di materie prime, di servizi di pubblica utilità e di beni strumentali non riconducibili ad attrezzature.

tipizzazione a metà¹⁸³, che non sembra in grado di migliorare lo stato di incertezza nel quale è costretta a muoversi la prassi¹⁸⁴.

La natura imperativa delle norme, poi, drammatizza il problema dell'effettiva portata dell'art. 1. Un'interpretazione eccessivamente estensiva espone le norme più penetranti a censure di incostituzionalità (almeno sotto il principio di razionalità dell'art.3 Cost.). D'altra parte, un'interpretazione restrittiva vanificherebbe gli intenti del legislatore.

¹⁸³ La dottrina maggioritaria si è espressa nel senso contrario a tale idoneità, pervenendo alla conclusione che la disciplina della subfornitura rappresenta una 'metadisciplina' o un 'supertipo' di taglio protettivo che copre una gamma di tipologia contrattuali che va dall'appalto alla vendita, dalla somministrazione al contratto d'opera. Tale posizione si spiega però non con un'interpretazione interna all'art.1, ma con una lettura di tutte le sue norme e quindi, ancora una volta, della sua struttura complessiva. Per la nascita di nuovo tipo contrattuale si richiede una disciplina esaustiva di tutti i principali profili negoziali, cosa che effettivamente non è avvenuta.

¹⁸⁴ L'assenza di un quadro contrattuale unitario (o, che dir si voglia, tipizzato) proietta importanti effetti economici di segno negativo. Un primo effetto sembra essere la moltiplicazione dei costi derivanti dal processo di aggiustamento delle attuali regole legislative dispositive alle fattispecie (di subfornitura) che di volta in volta si presentano al vaglio delle corti. I costi in parola hanno duplice natura: si tratta dei costi amministrativi connessi alla complicazione in contenzioso della qualificazione contrattuale, e dei costi di divaricazione tra autonomia privata e regole legislative. Un secondo effetto è quello dell'aumento di comportamenti opportunistici basati sull'incertezza del quadro giuridico di riferimento. Nelle situazioni di disparità di potere contrattuale, tali comportamenti opportunistici sono, con tutta probabilità, perpetrati dalla parte che dispone di maggiore potere contrattuale. In quest'ordine di idee, insomma, non è peregrino immaginare che della situazione di incertezza si avvantaggi la parte (il committente, secondo il comune sentire) che non teme i costi dell'eventuale giudizio e tendenzialmente dispone - per mezzo di un apparato di consulenti giuridici presumibilmente più sviluppato - di un maggior numero di informazioni legali riguardanti il giudizio stesso. E' forse superfluo rilevare che la qualificazione del contratto come vendita o come appalto non è un'operazione neutra dal punto di vista dell'allocazione dei rischi. Si pensi, tanto per fare un esempio di immediata percezione, ai differenti termini di prescrizione e decadenza per ciò che concerne i vizi nell'appalto e nella vendita (art. 1667 e 1495 c.c.).

L'art. 2 stabilisce che il contratto di subfornitura deve avere la forma scritta a pena di nullità ed elenca alcuni elementi che devono essere necessariamente indicati (specifiche tecniche, prezzo, termini di consegna, di collaudo e di pagamento)¹⁸⁵. Si tratta di una disposizione che punta, evidentemente, ad introdurre un principio di trasparenza nei contratti di subfornitura.

¹⁸⁵ Il testo dell'art. 2 (contratto di subfornitura: forma e contenuto) è il seguente:

1. Il rapporto di subfornitura si instaura con il contratto, che deve essere stipulato in forma scritta a pena di nullità.

Costituiscono forma scritta le comunicazioni degli atti di consenso alla conclusione o alla modificazione dei contratti effettuate per telefax o altra via telematica. In caso di nullità ai sensi del presente comma, il subfornitore ha comunque diritto al pagamento delle prestazioni già effettuate e al risarcimento delle spese sostenute in buona fede ai fini dell'esecuzione del contratto.

2. Nel caso di proposta inviata dal committente secondo le modalità indicate nel comma 1, non seguita da accettazione scritta del subfornitore che tuttavia inizia le lavorazioni o le forniture, senza che abbia richiesto la modificazione di alcuno dei suoi elementi, il contratto si considera concluso per iscritto agli effetti della presente legge e ad esso si applicano le condizioni indicate nella proposta, ferma restando l'applicazione dell'articolo 1341 del codice civile.

3. Nel caso di contratti a esecuzione continuata o periodica, anche gli ordinativi relativi alle singole forniture devono essere comunicati dal committente al fornitore in una delle forme previste al comma 1 e anche ad essi si applica quanto disposto dallo stesso comma 1.

4. Il prezzo dei beni o servizi oggetto del contratto deve essere determinato o determinabile in modo chiaro e preciso, tale da non ingenerare incertezze nell'interpretazione dell'entità delle reciproche prestazioni e nell'esecuzione del contratto.

5. Nel contratto di subfornitura devono essere specificati:

a) i requisiti specifici del bene o del servizio richiesti dal committente, mediante precise indicazioni che consentano l'individuazione delle caratteristiche costruttive e funzionali, o anche attraverso il richiamo a norme tecniche che, quando non siano di uso comune per il subfornitore o non siano oggetto di norme di legge o regolamentari, debbono essere allegate in copia;

b) il prezzo pattuito;

c) i termini e le modalità di consegna, di collaudo e di pagamento.

L'art. 3 concerne il problema, tradizionalmente ritenuto centrale, dei termini di pagamento¹⁸⁶. Non a caso è la norma a margine della quale il confronto delle posizioni politiche è stato particolarmente acceso. Le regole più importanti sono le seguenti. In primo luogo, il termine contrattuale non può superare i sessanta giorni (ma può essere derogato fino a novanta giorni da appositi accordi

¹⁸⁶ Il testo dell'art. 3 (termini di pagamento) è il seguente:

1. Il contratto deve fissare i termini di pagamento della subfornitura, decorrenti dal momento della consegna del bene o dal momento della comunicazione dell'avvenuta esecuzione della prestazione, e deve precisare, altresì, gli eventuali sconti in caso di pagamento anticipato rispetto alla consegna.

2. Il prezzo pattuito deve essere corrisposto in un termine che non può eccedere i sessanta giorni dal momento della consegna del bene o della comunicazione dell'avvenuta esecuzione della prestazione. Tuttavia, può essere fissato un diverso termine, non eccedente i novanta giorni, in accordi nazionali per settori e comparti specifici, sottoscritti presso il Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato da tutti i soggetti competenti per settore presenti nel Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro in rappresentanza dei subfornitori e dei committenti. Può altresì essere fissato un diverso termine, in ogni caso non eccedente i novanta giorni, in accordi riferiti al territorio di competenza della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura presso la quale detti accordi sono sottoscritti dalle rappresentanze locali dei medesimi soggetti di cui al secondo periodo. Gli accordi di cui al presente comma devono contenere anche apposite clausole per garantire e migliorare i processi di innovazione tecnologica, di formazione professionale e di integrazione produttiva.

3. In caso di mancato rispetto del termine di pagamento il committente deve al subfornitore, senza bisogno di costituzione in mora, interessi corrispondenti al tasso ufficiale di sconto maggiorato di cinque punti percentuali, salva la pattuizione tra le parti di interessi moratori in misura superiore e salva la prova del danno ulteriore. Ove il ritardo nel pagamento ecceda i trenta giorni dal termine convenuto, il committente incorre, inoltre, in una penale pari al 5 per cento dell'importo in relazione al quale non ha rispettato i termini.

4. In ogni caso la mancata corresponsione del prezzo entro i termini pattuiti costituirà titolo per l'ottenimento di ingiunzione di pagamento provvisoriamente esecutiva ai sensi degli articoli 633 e seguenti del codice di procedura civile.

5. Ove vengano apportate, nel corso dell'esecuzione del rapporto, su richiesta del committente, significative modifiche e varianti che comportino comunque

interprofessionali), in secondo luogo, gli interessi di mora - corrispondenti al tasso ufficiale di sconto maggiorato del cinque per cento - scattano automaticamente senza bisogno della messa in mora; in terzo luogo, è prevista una 'penale' aggiuntiva per i ritardi eccedenti i trenta giorni; in quarto luogo, è facilitato il ricorso alla procedura sommaria per il recupero del credito (decreto ingiuntivo); in quinto ed ultimo luogo, le modifiche degli ordini che siano richieste dal committente e che comportino costi aggiuntivi conferiscono al subfornitore un diritto all'adeguamento del prezzo.

L'art. 6 contiene una breve 'lista nera' di clausole (vessatorie) di cui si dispone la nullità¹⁸⁷. In particolare, la norma mette fuori gioco tre tipi di clausole: quelle in cui viene attribuito ad una delle parti il potere di modificare unilateralmente il contratto, quelle che, nei contratti di lungo periodo, attribuiscono facoltà di recesso senza un congruo preavviso, e quelle in cui il subfornitore cede al

incrementi dei costi, il subfornitore avrà diritto ad un adeguamento del prezzo anche se non esplicitamente previsto dal contratto.

¹⁸⁷ Il testo dell'art. 6 (nullità di clausole) è il seguente:

1. È nullo il patto tra subfornitore e committente che riservi ad uno di essi la facoltà di modificare unilateralmente una o più clausole del contratto di subfornitura. Sono tuttavia validi gli accordi contrattuali che consentano al committente di precisare, con preavviso ed entro termini e limiti contrattualmente prefissati, le quantità da produrre ed i tempi di esecuzione della fornitura.

2. È nullo il patto che attribuisca ad una delle parti di un contratto di subfornitura ad esecuzione continuata o periodica la facoltà di recesso senza congruo preavviso.

3. È nullo il patto con cui il subfornitore disponga, a favore del committente e senza congruo corrispettivo, di diritti di privativa industriale o intellettuale.

committente suoi diritti di proprietà intellettuale senza congruo corrispettivo.

L'art. 9, invece, si pone oltre il tracciato dell'art. 1 dispiegando i suoi effetti su un ambito di applicazione allargato¹⁸⁸.

Come si è sopra rilevato, ciò discende principalmente dal fatto che l'intenzione originaria era quella di inserire nel tessuto della legge n. 287 del 1990 lo strumento dell'abuso di dipendenza economica ricalcato sui modelli francese e tedesco. Nell'ultima fase del processo di legiferazione è stato espunto, sulla scia di un parere dell'autorità garante della concorrenza e del mercato¹⁸⁹, il

¹⁸⁸ Il testo dell'art. 9 (abuso di dipendenza economica) è il seguente:

1. È vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice. Si considera dipendenza economica la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti.

2. L'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto.

3. Il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è nullo.

¹⁸⁹ Nella segnalazione del 10 febbraio 1998 l'autorità garante ha ritenuta impropria la collocazione dell'abuso di dipendenza economica nella disciplina antitrust rilevando che "le norme antitrust sono disposizioni generali dirette a tutelare il processo concorrenziale in relazione all'assetto del mercato. Inoltre, le norme nazionali sulla concorrenza hanno un preciso riferimento nell'ordinamento dell'Unione Europea. La stessa formulazione delle disposizioni sostanziali della legge n. 287/90 riflette quasi letteralmente le corrispondenti norme comunitarie; per di più l'articolo 1, comma 4, della legge n. 287/90 vincola l'interpretazione delle disposizioni sostanziali della medesima legge ai principi elaborati in sede comunitaria. Viceversa, la norma dell'articolo 9 contenuta nella proposta di legge costituisce una regola specifica inerente alla disciplina dei rapporti contrattuali

tra le parti, con finalità che possono prescindere dall'impatto di tali rapporti sull'operare dei meccanismi concorrenziali. Inoltre, essa non ha alcun riscontro nell'ordinamento comunitario e affonda invece le radici nella tematica dell'equilibrio contrattuale e più precisamente nella valutazione del rapporto negoziale tra le parti. Le patologie di questo rapporto trovano rimedio nel divieto, e conseguente invalidità, di clausole vessatorie (come previsto dalle norme della proposta di legge) e nelle garanzie stabilite a favore della parte più debole. La loro disciplina pertanto va inquadrata nell'ambito delle norme civilistiche relative alle obbligazioni e ai contratti. Al riguardo l'Autorità segnala che le commissioni arbitrali presso le Camere di Commercio previste dall'articolo 10 della proposta di legge in esame (nei limiti in cui non integrino gli estremi di un arbitrato obbligatorio vietato dalla prevalente giurisprudenza della Corte Costituzionale), e il giudice ordinario appaiono adeguati a garantire, anche per la loro diffusione sul territorio, una efficace tutela del corretto equilibrio dei rapporti contrattuali tra le parti per quanto attiene alle fattispecie di esclusiva rilevanza civilistica. Infatti, qualora i comportamenti d'impresa che integrano l'abuso di dipendenza economica fossero posti in essere da un'impresa in posizione dominante sul mercato, l'articolo 3 della legge n. 287/90, unitamente all'articolo 86 del Trattato di Roma, già consente all'Autorità di intervenire efficacemente a salvaguardia delle imprese più deboli e dell'intero processo concorrenziale. Al riguardo è disponibile un'ampia casistica di decisioni dell'Autorità dalla quale si ricava che il rifiuto di contrarre, l'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie già rientrano nell'ambito di applicazione della legge n. 287/90. Ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90, l'Autorità auspica che la figura dell'abuso di dipendenza economica, prevista dall'articolo 9 della proposta di legge n. 3509, non venga collocata all'interno della legge n. 287/90". Ma finora i commenti all'art. 9 non hanno posto nella giusta evidenza la notevole diversità di tenore rispetto ad una precedente segnalazione a firma di Giuliano Amato emessa, durante la XII legislatura in margine all'art. 10 del d.d.l. risultante dall'unificazione di due precedenti disegni di legge (AS n. 932 e AS n. 1143), che inseriva l'abuso di dipendenza economica nell'art. 3 della legge n. 287 del 1990 come specificazione di quello di abuso dominante. In tale segnalazione, infatti, si affermava tra l'altro che "la necessità di prevedere dei rapporti contrattuali di subfornitura improntati a correttezza ed efficienza, che produce certamente effetti positivi per la concorrenzialità dei mercati, non può essere risolta dilatando in modo innaturale la nozione di abuso di posizione dominante. Quest'ultima fattispecie, che è costruita riprendendo quasi letteralmente l'art. 86 del Trattato di Roma, vieta comportamenti abusivi posti in essere da soggetti i quali godono di un potere di mercato tale da potere ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione e avere la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei loro concorrenti, dei loro clienti e, in ultima analisi, dei consumatori. Peraltro, appare opportuno porre in evidenza che l'art. 3 della legge n. 287/90, che vieta l'abuso di posizione dominante, già contempla la

riferimento alla legge antitrust, di modo che la sua applicazione risulta (implicitamente) demandata al giudice ordinario. Ma va anche rimarcato che il comma 1, nel porre il divieto di abuso e nel definire lo stato di dipendenza economica, indica i soggetti destinatari della norma con espressioni tanto generiche, quali *impresa cliente e fornitrice*, da essere in grado di ricomprendere (per lo meno) entità imprenditoriali operanti nei settori della produzione manifatturiera e della distribuzione. Il comma 2 delinea, invece, una definizione descrittiva dell'abuso, fondata su un elenco esemplificativo di fattispecie come il rifiuto di [!] vendere o comprare, l'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie e l'interruzione

possibilità di intervenire nei confronti di un'impresa la quale, benché non dotata di una posizione dominante nella vendita dei propri prodotti, tuttavia detenga una posizione dominante dal lato della domanda nei confronti dei propri fornitori, in assenza di alternative economicamente significative per questi ultimi. E' evidente dunque che rapporti di subfornitura non equi, laddove imposti a soggetti che non godono di possibilità economiche di scelta alternativa, possono ricadere, attraverso un'appropriata e contestualizzata definizione del mercato rilevante, nella fattispecie dell'abuso di posizione dominante. Diverso è il caso in cui la non equità si verifichi nell'ambito di rapporti contrattuali di scambio bilaterale nei quali, pur in presenza di uno squilibrio tra le parti, che definisca ad esempio delle posizioni di dominanza relativa, non sia possibile identificare nella parte abusante una posizione dominante secondo il canone sopra descritto. Quindi, ove si ritenga che una normativa che garantisca in senso più ampio una maggiore equità nei rapporti contrattuali di subfornitura -stabilendo principi generali di correttezza, senza con ciò ledere l'autonomia contrattuale delle parti- rappresenti un ulteriore elemento costitutivo di un efficiente funzionamento del mercato, occorrerà identificare, come peraltro avvenuto in altri paesi comunitari, una specifica e distinta fattispecie che corrisponda a propri canoni ermeneutici. In base alle argomentazioni fin qui espresse, non appare al contrario condivisibile né da un punto di vista logico, né tantomeno da un punto di vista strettamente giuridico, l'unificazione in una medesima fattispecie di divieti rispondenti a presupposti e caratteristiche tra loro differenti".

arbitraria delle relazioni commerciali in atto. Il comma 3 determina la nullità del patto che realizzi un abuso di dipendenza economica.

3.4 La legge n. 192 del 1998 tra intervento settoriale e disciplina a compasso allargato dell'abuso di potere contrattuale tra imprese

L'art. 1 e l'art. 9 proiettano i più immediati e potenti effetti sull'applicazione della legge¹⁹⁰. Com'era facilmente prevedibile, molte energie interpretative (già) sono state spese per venire a capo dei problemi che le due norme pongono. In particolare, in questa prima fase di applicazione della legge, si è posto più urgentemente il problema della confusa formulazione dell'art. 1.

Sono due i passaggi più delicati ed oscuri: quelli in cui la norma parla di “prodotti o servizi destinati ad essere incorporati o comunque ad essere utilizzati nell'ambito dell'attività economica del committente” e di “conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall'impresa committente”.

¹⁹⁰ La legge sembra incontrare molte difficoltà applicative. Questa è almeno la sensazione che emerge dai primi frammentari risultati dell'indagine statistica commissionata alle associazioni rappresentative delle piccole imprese artigiane ed industriale dall'Osservatorio sull'applicazione della legge sulla subfornitura del gruppo dei Democratici di Sinistra (v. il documento Incontro di lavoro sull'applicazione della legge sulla subfornitura, luglio, 1999).

Il primo passaggio può essere suscettibile di interpretazioni eccessivamente estensive. Il riferimento generico ai servizi e all'attività economica del committente è, di primo acchito, capace di dilatare il campo di applicazione della legge ben oltre il terreno di espressione della subfornitura industriale.

Ma, ad uno sguardo poco più attento, la legge, indubbiamente, disciplina (con le norme settoriali diverse da quelle contenute nell'art. 9) la subfornitura industriale, la quale ha come principale elemento di identificazione il fatto che la produzione dell'impresa subfornitrice è destinata ad inserirsi nel ciclo di produzione manifatturiera dell'impresa committente. Come si è avuto modo di rilevare più volte, proprio l'attinenza ad un processo produttivo manifatturiero connota le relazioni ed i problemi di disparità di potere contrattuale. Per comprendere il punto basta guardare (poco al di là dell'art. 1) le norme diverse da quelle contenute nell'art. 9. Norme come quelle dell'art. 2 o dell'art. 6 - ed ancor più quelle dell'art. 4 sul subcontratto e dell'art. 7 sui diritti di proprietà intellettuale del committente - perderebbero completamente senso se fossero applicate ad altre tipologie di relazioni come l'esternalizzazione di servizi generici o quelle riguardanti il settore della distribuzione.

La seconda sequenza di parole è stata interpretata dalla dottrina prevalente, e dai primi provvedimenti giurisprudenziali¹⁹¹, come

¹⁹¹ V. Trib. Torino, ord. 19 novembre 1999 e Trib. Taranto, ord. 13 ottobre 1999, *Foro it.*, 2000, I, con osservazioni di PALMIERI A., *La minorità tecnologica quale presupposto essenziale per l'applicazione degli strumenti di protezione*

una traccia lasciata dal legislatore per segnalare il fondamento della 'debolezza' del subfornitore, quale (unico) soggetto tutelato dalle norme imperative, in controtendenza a quanto solitamente accade per le norme che, sul piano privatistico, proteggono categorie di contraenti, come il consumatore, il locatario, l'agente di commercio, dando per presupposti i parametri economici di disparità di potere contrattuale.

Nella tesi più sofisticata portata a conforto di questa interpretazione la 'traccia' viene identificata nella dipendenza progettual-tecnologica dell'impresa subfornitrice¹⁹². In estrema sintesi, questa tesi legge il riferimento ai "progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi" come modalità con le quali l'impresa più progredita, dal punto di vista tecnologico, consente a quella meno sviluppata di eseguire la commessa. In altri termini, il trasferimento di tecnologia, quale prestazione tipica dell'impresa committente, sarebbe il sintomo della sua supremazia e correlativamente della dipendenza dell'impresa subfornitrice.

Quindi, solo uno dei parametri della disparità di potere contrattuale tra imprese committenti e subfornitrici, messi in luce

previsti dalla legge sulla subfornitura, nonché di GRANIERI M., Qualche ulteriore considerazione sulla dipendenza progettual-tecnologica del subfornitore (industriale); Trib. Taranto, decr. 22 marzo 1999, id., 1999, I, 2077, con nota di GRANIERI M., Subfornitura industriale: l'esordio (mancato) di una disciplina.

¹⁹² La tesi è abbozzata in PARDOLESI R. e CASO R., *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, cit., 725 ss..

dall'analisi economica effettuata nel primo capitolo, sarebbe sufficiente e necessario a determinare l'applicazione della legge. Spinta alle estreme conseguenze, però la tesi potrebbe portare ad identificare le imprese subfornitrici con quella fascia di imprese che, con terminologia aziendalistica, si possono dire di pura capacità. In un contesto economico in rapida evoluzione, la definizione, perciò, finirebbe per corrispondere solo ad una parte ridotta dell'intero settore delle relazioni di subfornitura esposte ai problemi di disparità di potere contrattuale.

Su una traiettoria leggermente - e non, come rilevato da alcuni commentatori, nettamente - differente si pone un'altra tesi che conferisce al secondo passaggio letterale su riportato un diverso significato¹⁹³. Il legislatore non avrebbe avuto bisogno di lasciare tracce, ma più semplicemente si sarebbe limitato a descrivere l'essenza della prestazione del subfornitore - la produzione dedicata ovvero su specifiche tecniche - attraverso un elenco esemplificativo delle modalità in cui si esplica quella del committente. Ciò perché proprio la natura dedicata della produzione sarebbe la causa più evidente (e tipica) del minor potere contrattuale dell'impresa subfornitrice, in quanto radicherebbe in capo a quest'ultima la 'necessità' di effettuare investimenti specifici in vista della (prosecuzione) della relazione con l'impresa committente. Tuttavia, anche questa tesi, nella sua automatica identificazione tra natura

¹⁹³ Cfr. CASO R., *Modello di contratto di subfornitura industriale*, Roma, 1998, 15 ss..

dedicata della produzione e minor potere contrattuale, rischia di condurre ad interpretazioni disinvoltamente puntate a sfruttare opportunisticamente le norme imperative, col pericolo plausibile di una proliferazione patologica del contenzioso (e dei relativi costi di transazione). Infatti, la produzione dedicata e la connessa necessità di sopportare investimenti specifici, che pure restano gli elementi di identificazione della subfornitura industriale, non è detto proiettino il subfornitore in una condizione di minor potere contrattuale, quando lo stesso disponga di un ventaglio non ristretto di committenti, ovvero sia nelle condizioni (di mercato) di distribuire il proprio fatturato tra più clienti.

L'apparente contrapposizione e gli effettivi limiti di queste due tesi sembrano derivare dal fatto che i commentatori - compreso chi scrive -, che si sono cimentati nel tentativo di rimettere ordine e di conferire un significato plausibile alle parole del legislatore, non hanno compiutamente esplorato il nesso che intercorre tra la definizione (e la regolamentazione) della subfornitura e la disciplina dell'abuso di dipendenza economica.

Occorre non farsi condizionare dalla lettura sequenziale delle norme, in quanto la struttura della legge è - come già evidenziato - frutto di accidenti. Malgrado appaia solo all'art. 9¹⁹⁴, la prima e più

¹⁹⁴ A commento dell'art. 9 v., fra gli altri, OSTI C., *L'abuso di dipendenza economica*, cit.; ALBANESE A., *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, *Europa e diritto privato*, 1999, 1178; SPOLIDORO M. S., *Riflessioni critiche sul rapporto fra abuso di posizione dominante e abuso dell'altrui dipendenza economica*, *Riv. dir. ind.*, 1999, 191;

importante norma - perché dotata del maggiore potenziale applicativo - è l'abuso di dipendenza economica. Da questa quindi occorre prendere le mosse.

Il passaggio più importante dell'art. 9 è quello - contenuto nel comma 1 - in cui si definiscono i presupposti per l'applicazione della norma. Il punto costituisce oggetto di approfondimento nel prossimo capitolo.

Intanto si può anticipare che il giudizio sull'applicabilità della norma si deve fondare (soprattutto) sulla valutazione della sussistenza di una situazione di dipendenza economica oltre che, ovviamente, di una condotta abusiva.

La dipendenza economica è un concetto elastico ma non indeterminato. E' vero che il parametro della 'mancanza di alternative' nella lettera della norma lascia spazio ad altri criteri valutativi: "la dipendenza economica è valutata tenendo conto anche [!] della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti". Ma è altresì incontestabile che tali criteri sono individuati dall'analisi economica (e dall'esperienza applicativa dei modelli di ispirazione). Se così è, la norma dell'art. 9 deve essere interpretata come una disciplina dell'abuso di potere contrattuale nelle relazioni contrattuali tra imprese fondata sul presupposto della dipendenza economica e circostanziata, nel comma 2, da una - pur breve -

TORIELLO F., *Commento all'art. 9*, in A.A.V.V., *La subfornitura. Commento alla l. 18 giugno 1998 n. 192*, ALPA G. e CLARIZIA A. curr., cit., 261.

elencazione esemplificativa di condotte di abuso. Benché l'imprecisa formulazione faccia riferimento solo alla sanzione della nullità, la norma è assistita da una responsabilità che assume la diversa connotazione extracontrattuale o contrattuale a seconda delle tipologie di abuso alle quali si riconnette. Quindi, come si vedrà meglio nel prossimo capitolo l'intersezione col diritto dei contratti è solo parziale. Per ora si può anticipare che la norma, per la determinazione dello stato di dipendenza e della sussistenza dell'abuso, consente (e chiede) al giudice di guardare, di là dall'eventuale contratto, alle caratteristiche delle imprese, alle condizioni di mercato dell'impresa, e all'intero dispiegarsi della relazione (e non solo al singolo contratto). Si tratta di uno strumento indubbiamente assai innovativo che richiede al giudice il ricorso a criteri economici complessi. Ma occorre ricordare in proposito che i giudici ordinari sono stati altre volte chiamati a governare l'applicazione di norme la cui interpretazione implica criteri di taglio economico (si pensi alla responsabilità civile per danno da violazione delle norme a tutela della concorrenza o alla concorrenza sleale).

Questa impostazione influisce sull'interpretazione delle altre norme che compongono la legge n. 192 del 1998.

Tali norme, infatti, devono essere lette come una specificazione della disciplina dell'abuso di dipendenza economica rispetto ai peculiari problemi posti dalle relazioni di subfornitura industriale ritagliate dal criterio dell'attinenza alla produzione manifatturiera

ricavabile - se pur con fatica - dall'art. 1. D'altra parte, alcune di esse non sono poste a tutela della sola impresa subfornitrice ma sono formulate - come l'abuso di dipendenza economica - in termini di applicabilità bilaterale o, addirittura di tutela degli interessi dell'impresa committente.

In questa prospettiva, le nullità comminate dall'art. 2, dall'art. 3 e dall'art. 6, non sono altro che specificazioni della nullità disposta dal terzo comma dell'art. 9 rispetto a quella tipologia di abusi che si traduce in clausole 'vessatorie', ovvero nell'imposizione di condizioni ingiustificatamente gravose.

CAPITOLO III

L'ABUSO DI DIPENDENZA ECONOMICA TRA ANTITRUST E DIRITTO PRIVATO: IL CONTRIBUTO DELL'ANALISI DELLE RELAZIONI DI SUBFORNITURA INDUSTRIALE

1. La categoria della *dépendance économique* nell'esperienza applicativa francese

1.1 La limitata applicazione dell'abus de dépendance économique come pratica anticoncorrenziale

La formulazione del divieto di *exploitation abusive de l'état de dépendance économique* contenuto nell'art. 8, n. 2 dell'*ordonnance* n. 86-1243 ha ben presto mostrato i suoi limiti.

Per comprendere tali limiti, occorre tornare per un momento agli eventi - ai quali già si è accennato nel secondo capitolo - che hanno

portato all'introduzione della categoria della dipendenza economica nel sistema giuridico francese¹⁹⁵.

Prima che si delineasse la riforma del 1986, la *Commission de la concurrence*, aveva messo in evidenza che la ragione dell'introduzione della categoria della *dépendance économique* stava nella difficoltà di attivare l'abuso di posizione dominante rispetto a situazioni (quelle di dipendenza economica appunto) nelle quali è difficile determinare il mercato rilevante, ed aveva proposto modifiche sia dell'art. 50 ultimo comma dell'*ordonnance* del 30 giugno 1945 sull'abuso di posizione dominante, sia degli articoli 37 sul rifiuto di vendere e 38 sulle pratiche discriminatorie della *loi* del 27 dicembre 1973 *d'orientation du commerce et de l'artisanat* (c.d. *loi Royer*).

Il legislatore francese non ha accolto pienamente le linee di intervento indicate dalla commissione¹⁹⁶.

Nella prima (temporanea) introduzione della nuova categoria esso si è limitato ad aggiungere all'*ordonnance* del 1945 un art. 37-1 contenente un'incriminazione aggravata (dalla situazione di dipendenza economica) del delitto di pratiche discriminatorie.

In occasione della riforma generale della concorrenza, lo stesso legislatore ha, invece preferito il diverso inquadramento. Infatti, nell'*ordonnance* del 1986 l'*abus de dépendance économique* appare

¹⁹⁵ Cfr. BOUTARD LABARDE M. C. e CANIVET G., *Droit français de la concurrence*, Paris, 1994, 85 ss..

simbiotico a quello di *position dominante*¹⁹⁷. Le due fattispecie si presentano al titolo III della legge dedicato appunto alle *pratiques anticoncurrentielles*, e più precisamente ai numeri che compongono la prima parte dell'art. 8 (n. 1, *abus de position dominante* e n. 2 *abus dépendance économique*), condividendo l'elenco esemplificativo dei modi di esplicazione delle condotte abusive e - come rimarcato dalla dottrina giuridica francese - lo stesso presupposto della necessità di un'*entrave à la concurrence* (mediante il rinvio all'art. 7 che vieta le pratiche anticoncorrenziali le quali appunto hanno per oggetto o possono avere per effetto quello di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza su un [!] mercato).

Del resto, nonostante la formula dell'impossibilità di disporre di soluzioni equivalenti, adoperata nello stesso n. 2 dell'art. 8, sia più elastica di quella originariamente proposta nel *projet d'ordonnance*, la quale faceva riferimento all'assenza di una soluzione *alternative et compétitive*, l'applicazione che se ne è fatta risulta assai prudente¹⁹⁸.

Quest'ultima osservazione condensa l'impressione che non sia stato solo l'ambiguo dato letterale, ma anche (e soprattutto)

¹⁹⁶ Quanto rilevato nel testo vale solo fino alla legge sulla lealtà nelle relazioni commerciali del 1996, nella quale il legislatore è andato anche oltre le indicazioni della commissione.

¹⁹⁷ La dottrina maggioritaria fa rientrare le due tipologie di abuso nella supercategoria dell'*abus de domination* (cfr. CAS G., BOUT R. e PRIETO C., *Lamy droit économique. Concurrence-Distribution-Consommation*, Paris, 1998, n. 672, p. 217).

l'orientamento interpretativo del *Conseil de la concurrence*, e le pronunce civili della *Cour d'appel de Paris* e della *Cassation civil* che l'hanno sorvegliato, ad aver ridotto - almeno dalla prospettiva antitrust - gli spazi applicativi dell'*abus de dépendance économique*. All'esame dei pochi casi di presunta violazione dell' art. 8, n. 2 transitati dal vaglio del Consiglio della concorrenza si deve, perciò, volgere lo sguardo. Essi riguardano relazioni contrattuali di distribuzione.

Le prime istanze di tutela sono state avanzate da (piccoli) distributori nei confronti di fornitori. Rispetto a questo tipo di istanze, il consiglio ha indicato quattro presupposti sui quali fondare l'individuazione della dipendenza economica del distributore: 1) l'importanza del fornitore riguardo al giro d'affari del distributore; 2) la notorietà della marca del fornitore; 3) l'importanza della quota di mercato detenuta dal fornitore; 4) l'impossibilità per il distributore di procurarsi altri fornitori di prodotti equivalenti (ovvero il parametro dettato esplicitamente dall'art. 8, n. 2). L'organo francese di tutela della concorrenza ha poi affermato che i presupposti debbano essere compresenti¹⁹⁹.

Nei casi in cui si discuteva di (prestesi) abusi di dipendenza perpetrati da clienti (ovvero, della grande distribuzione delle

¹⁹⁸ CAS G., BOUT R. e PRIETO C., *Lamy droit économique. Concurrence-Distribution-Consommation*, cit., n. 714, p. 232.

¹⁹⁹ Cfr. CAS G., BOUT R. e PRIETO C., *Lamy droit économique. Concurrence-Distribution-Consommation*, cit., n. 711, p. 231-232; BOUTARD LABARDE M. C. e CANIVET G., *Droit français de la concurrence*, cit., 90 ss.; GALENE R., *Le droit*

centrali d'acquisto) in danno dei fornitori, il Consiglio della concorrenza ha seguito un orientamento parallelo, facendo leva sulla convergenza di presupposti (in parte) speculari a quelli sopra elencati. In particolare, oltre al parametro legislativo dell'impossibilità di reperire soluzioni equivalenti, si è fatto riferimento a: 1) l'esiguità della quota di mercato detenuta dal fornitore (e l'importanza di quella detenuta dal distributore); 2) la piccola dimensione del fornitore (e l'importanza economica e finanziaria del distributore); 3) l'assenza di notorietà del marchio dei prodotti del fornitore; 4) l'importanza del distributore riguardo al giro d'affari del fornitore; 5) l'anzianità delle relazioni contrattuali tra le parti; 6) il basso grado di concorrenzialità nel mercato; 7) gli alti costi di trasporto. Altri elementi presi in considerazione sono: gli eventuali accordi di cooperazione commerciale o tecnologica e gli investimenti specifici sopportati per soddisfare la particolare domanda del distributore²⁰⁰.

Per una valutazione più precisa dell'applicazione (diretta) della norma, occorre non dimenticare che il sistema antimonopolistico francese, derivante dall'*ordonnance*, del 1986 fonda l'attivazione della tutela contro le condotte abusive su un doppio binario procedurale. Oltre alla possibilità di adire il Consiglio della

de la concurrence appliqué aux pratique anticoncurrentielles, Paris, 1994, 287 ss..

²⁰⁰ Cfr. CAS G., BOUT R. e PRIETO C., *Lamy droit économique. Concurrence-Distribution-Consommation*, cit., n. 711, p. 231-232; BOUTARD LABARDE M. C. e CANIVET G., *Droit français de la concurrence*, cit., 94-95.; GALENE R., *Le droit de la concurrence appliqué aux pratique anticoncurrentielles*, cit., 290 ss..

concorrenza, gli interessati possono agire davanti alla giurisdizione ordinaria civile e penale.

La Corte d'appello di Versailles ha accolto un'azione per violazione dell'art. 8 n. 2 promossa da un distributore di una rete selettiva nei confronti del proprio fornitore, che aveva costituito parallelamente un'altra rete per corrispondenza finalizzata alla distribuzione degli stessi prodotti costringendo di - ovvero con la diffusione pubblica dei prezzi praticati per corrispondenza - fatto il distributore ad allineare i suoi prezzi a quelli della rete parallela²⁰¹. In un caso riguardante un *franchisé*, che aveva subito nella gestione della propria impresa la pesante ingerenza del *franchiseur*, la Cassazione ha riconosciuto l'abuso di dipendenza economica, precisando che la corte di merito non doveva pronunciarsi sul criterio dell'importanza del fornitore rispetto al giro d'affari del distributore, avendo le parti riconosciuto che le forniture rappresentavano i due terzi del giro d'affari dello stesso distributore²⁰².

Nell'unica controversia riguardante un *sous-traitant* - peraltro, inteso in un'accezione allargata, ovvero comprensiva di quelle imprese che operano in settori non manifatturieri -, la stessa Cassazione ha annullato la decisione dei giudici di merito i quali, avendo concluso per l'insussistenza della dipendenza economica

²⁰¹ V. CA Versailles, 1° ottobre 1991, *Gaz. Pal.*, 1993, *Som.*, n. 1, p. 37 (come rilevano CAS G., BOUT R. e PRIETO C., *Lamy droit économique. Concurrence-Distribution-Consommation*, cit., n. 718, p. 234, si tratta di un caso che oggi rientrerebbe nella sfera di applicazione dell'art. 36 dell'*ordonnance* n. 86-1243).

sulla base del fatto che le parti non erano legate da nessun impegno (tanto meno di esclusiva) scritto, avevano violato l'art. 8 n. 2, che li obbligava a valutare in concreto se l'impresa di riparazione dei *containers* era nell'impossibilità di trovare altri sbocchi nel mercato locale (della riparazione di *containers*) a causa del committente, o aveva, per propria colpa, mancato di assicurarsi soluzioni alternative²⁰³.

A proposito della giurisprudenza civile, è necessario cogliere la differenza tra le pronunce, che riguardano propriamente l'applicazione dell'art. 8 n. 2 (ovvero quelle di sorveglianza del Consiglio della concorrenza e quelle innescate da azioni direttamente promosse in sede ordinaria come le decisioni citate per ultimo), ed il controverso orientamento, che utilizza la categoria della *dépendance économique* come indice di conforto dell'*abus de droit*, svincolandola dai presupposti richiesti per la sua attivazione sul piano antimonopolistico. Se l'applicazione antitrust della categoria risulta sicuramente esigua e rispondente a criteri restrittivi, l'influenza, che essa esercita (indirettamente) sul piano privatistico, sembra crescente. Questo profilo necessita di specifiche considerazioni alle quali ci si appresterà tra breve, occorre ora effettuare alcune osservazioni conclusive sull'atteggiamento interpretativo che fa sfondo all'applicazione antimonopolistica dell'*abus de dépendance économique*.

²⁰² Cass. com., 16 dicembre 1997, *Bull. civ.*, IV, n. 337, p. 291.

²⁰³ V. Cass. com., 10 dicembre 1996, n. 95-20931, *Bull. civ.*, IV, n. 309, p.262.

Di là dalla regola della compresenza (convergenza) dei parametri, declamata allo scopo di manifestare un orientamento restrittivo nell'interpretazione della norma, sembra risultino determinanti: l'importanza dell'impresa potenzialmente dominante nel giro d'affari di quella (potenzialmente) dipendente e, ancor più, l'assenza di soluzioni equivalenti. D'altra parte, in base alla logica economica (ed alla stessa lettera della norma francese) è quest'ultimo il dato pregiudiziale dal quale prendere le mosse.

Per valutare la sussistenza (o l'assenza) di soluzioni equivalenti gli organi preposti all'applicazione dell'art. 8 n. 2 hanno fatto riferimento al grado di sostituibilità del prodotto da comprare o vendere²⁰⁴, ed al costo per lo spostamento dalla relazione di dipendenza a quella alternativa²⁰⁵.

²⁰⁴ Il Consiglio della concorrenza aveva riscontrato la dipendenza economica di due grossisti di giochi e giocattoli nei confronti del solo fornitore del gioco Trivial Pursuit sul mercato francese, in quanto questo gioco presenta un basso grado di sostituibilità in rapporto ad altri giochi di società, lo stesso fornitore raggiunge il 40 % delle vendite di questo segmento, e la sua quota di mercato è realizzata per tre quarti grazie solo al Trivial (*Cons. conc., déc.*, n.89-D-39, 21 novembre 1989). Ma la Corte d'appello di Parigi ha negato lo stato di dipendenza economica sulla base del fatto che la specificità del gioco non implica la sua insostituibilità e che i grossisti disponevano di risorse alternative di approvvigionamento, anche se lo spostamento su di esse poteva causare difficoltà passeggera e una lieve perdita di guadagni (*CA Paris*, 12 luglio 1990, *Rev. conc. consom.*, 1990, n. 56, p. 30; confermata da *Cass. com.*, 2 giugno 1992, *Bull. civ.*, IV, n. 224, p. 157).

²⁰⁵ Il consiglio ha negato la dipendenza di concessionari automobilistici esclusivisti dai rispettivi fornitori, poiché in un caso ha ritenuto possibile l'approvvigionamento da fornitori stranieri, e, in un altro, ha giudicato praticabile lo spostamento ad una rete distributiva di altra casa costruttrice (*Cons. conc., déc.* n. 88-D-47 6 dicembre 1988, confermata da *CA Paris*, 28 giugno 1989, *BOCCRF* 14 luglio; *Cons. conc., déc.* n. 89-D-16 2 maggio 1989).

A riguardo, non risulta che gli organi demandati all'applicazione dell'art. 8, n. 2 e la dottrina giuridica si siano avveduti del fatto (o abbiano voluto mettere in evidenza) che l'equivalenza (cioè, la costosità) delle soluzioni è un criterio nettamente e volutamente alternativo a quello del grado di sostituibilità del prodotto, comunemente utilizzato per delimitare il *marché pertinent* (mercato rilevante) rispetto all'abuso di posizione dominante. Eppure, questo passaggio logico, assolutamente cruciale, traspariva dalle - pur sommarie ed incomplete - indicazioni fornite da una voce dell'analisi economica francese a proposito dell'interpretazione dell'art. 86 del trattato di Roma rispetto alle relazioni verticali²⁰⁶. Essa aveva messo in luce che per determinare uno stato di dipendenza economica occorre riferirsi - in modo non necessariamente cumulativo - a più criteri tra i quali spiccano: 1) la lunga durata del legame [relazione contrattuale] che unisce o ha unito le due imprese; 2) il fatto che le tecniche e gli investimenti utilizzati dall'impresa dipendente risultino poco adattabili [cioè, altamente specifici] ad altra tipologia di fabbricazione di prodotti o di fornitura di servizi; 3) la difficoltà per l'impresa dipendente di trovare rapidamente un altro partner; 4) la quota di profitti netti realizzati dall'impresa dipendente mediante la relazione contrattuale

²⁰⁶ V. GLAIS M., *Les concepts de «relevant market» et de «dépendance économique» au regard de l'article 86 du Traité de Rome*, in *Revue du marché commun*, 1987, 203.

con quella dominante ed il carattere essenziale di tale quota per la sopravvivenza economica della stessa impresa dipendente²⁰⁷.

In questo tipo di ragionamento, il concetto di mercato non è messo fuori gioco, ma è valutato soprattutto dal lato dell'impresa dipendente - anche se un indice di conforto, come si è visto a proposito delle pronunce del *Conseil de la concurrence*, può essere rappresentato dalla quota di mercato detenuta dall'impresa dominante - e con maggiore flessibilità.

Peraltro, la necessità di constatare un'*entrave* o un'*atteinte à la concurrence* nelle trattazioni della dottrina francese spesso è presentata come un elemento a sé stante che costituirebbe un ulteriore decisivo - e secondo alcuni opportuno - freno alla possibilità di applicare estensivamente la norma. Ma nelle parole degli organi giudicanti la (negazione della) restrizione alla concorrenza assume il sapore di una tautologia o, piuttosto, è solo uno degli elementi da prendere in considerazione.

Così si afferma che la condotta abusiva, se trova origine nelle condizioni contrattuali senza causare una restrizione del gioco della concorrenza, non costituisce un abuso di dipendenza economica²⁰⁸. Viceversa, si giudica anticoncorrenziale l'abuso di un'impresa intermediaria (del settore della pubblicità) che è nella condizione di esigere da alcuni venditori (di spazi pubblicitari) il beneficio di un prezzo di favore che le garantisca una posizione migliore rispetto

²⁰⁷ GLAIS M., *Les concepts de «relevant market» et de «dépendance économique» au regard de l'article 86 du Traité de Rome*, cit., 206.

²⁰⁸ V. *Cons. conc.*, *déc.* n. 93-D-21 8 giugno 1993, *BOCCRF*, 25 luglio.

ad ogni altro (potenziale) acquirente (di spazi pubblicitari)²⁰⁹. In altre parole, la condotta abusiva non arresta i suoi effetti alla relazione di dipendenza, ma li proietta (almeno potenzialmente) su altri soggetti del mercato.

In definitiva, l'impressione è che la prima (e più importante) soglia eretta davanti agli spazi di applicazione della norma dagli organi giudicanti francesi stia nella già evidenziata tendenza a mischiare i tradizionali criteri di individuazione del mercato (rilevante per l'abuso di posizione dominante) a quello della dipendenza economica. Ciò deriva dal fatto che nel sistema francese è mancato un approfondimento della differenza tra il diverso effetto restrittivo che può venire rispettivamente dall'abuso di posizione dominante fondato sulla delimitazione del mercato rilevante e dall'abuso fondato sull'individuazione della dipendenza economica. Tant'è che si arrivati - vieppiù superficialmente - a proporre di recidere il nesso tra n. 2 dell'art. 8 ed art. 7, quasi che questo bastasse a spianare un'applicazione estensiva (ed economicisticamente plausibile) dello stesso numero 2²¹⁰. Ma è sufficiente guardare un palmo più in là - cioè alla scarsa preoccupazione innescata dal rinvio all'art. 7 nella messa in opera dell'abuso di posizione dominante, il quale scatta rispetto a determinate condotte che si presumono abusive per il sol fatto di

²⁰⁹ V. *Cons. conc.*, *déc* n. 96-D-44 18 giugno 1996, *BOCCRF*, 14 novembre.

²¹⁰ Cfr. AA.VV., *Megacode. Code de Commerce*, CHAPUT Y. cur., Paris, 1999, 675, ivi riferimenti.

essere compiute da un'impresa in posizione forte sul mercato²¹¹ - per rendersi conto che il problema sta in cosa si debba intendere per restrizione, anche solo potenziale, della concorrenza.

Se si accettano i fondamenti teorici della categoria della dipendenza economica, è giocoforza dover ammettere che la situazione di dipendenza di una singola impresa promana, oltre che da dinamiche contrattuali, anche da condizioni di mercato e - quando si lega a condotte abusive - proietta segnali ad altri operatori sull'impraticabilità dello stesso. Dal punto di vista della (impresa in) dipendenza economica, tale impraticabilità, ovvero la restrizione del gioco della concorrenza, consiste anche nel non avere altra alternativa che subire la (minaccia della) interruzione delle relazioni contrattuali e la perdita di (quasi) rendita che ne consegue.

Nei ristretti margini di applicazione conferiti all'art. 8 n. 2 l'ultimo dei problemi è rappresentato dall'individuazione delle condotte abusive. La parte finale dell'art. 8 presenta un elenco non tassativo nel quale le prime due fattispecie sono i tipici esempi di *abus de position dominante* (rifiuto di vendita e vendite leganti o a condizioni discriminatorie) e la terza è invece il classico *abus de dépendance économique* (la rottura delle relazioni commerciali stabilite), anche se la natura delle tre fattispecie è omogenea e si adatta ad entrambe le tipologie di abuso.

²¹¹ Cfr. CAS G., BOUT R. e PRIETO C., *Lamy droit économique. Concurrence-Distribution-Consommation*, cit., n. 696, p. 226.

Infatti, nelle decisioni del *Conseil de la concurrence* riguardanti sia la dipendenza del distributore, sia quella del fornitore si ritrovano le tre fattispecie elencate dall'art. 8²¹², con la precisazione che anche la minaccia di rottura, quando serve ad ottenere vantaggi retroattivi o condizioni discriminatorie, integra un abuso²¹³. D'altra parte, lo stesso consiglio ha anche descritto l'abuso in una formula di sintesi, affermando che esso consiste in ogni comportamento che un operatore economico non potrebbe mettere in atto se non nei confronti di un partner in stato di dipendenza economica²¹⁴. Le giurisdizioni civili di sorveglianza si sono preoccupate di sottolineare la necessità che il comportamento rivesta un carattere anomalo, ovvero ecceda la sfera di esercizio ammissibile della libertà di iniziativa imprenditoriale nel settore delle relazioni contrattuali²¹⁵. Una preoccupazione condivisa da quella parte della dottrina che mette in guardia dall'imposizione di un obbligo generalizzato alla prosecuzione delle relazioni contrattuali capace di ingenerare vere e proprie rendite di posizione²¹⁶.

²¹² Cfr. BOUTARD LABARDE M. C. e CANIVET G., *Droit français de la concurrence*, cit., 97-98.

²¹³ V. *Cons. conc.*, *déc.* n. 89-D-39 in *Rapport du Conseil de la concurrence*, 1989, 130.

²¹⁴ V. il *Rapport du Conseil de la concurrence*, 1988, 36.

²¹⁵ Cfr., fra le altre, *Cass. com.* 7 luglio 1994, *Bull. civ.*, IV.

²¹⁶ Cfr. AA.VV., *Megacode. Code de Commerce*, cit., 674.

1.2 *Le pratiques restrictives dell'art. 36 dell'ordonnance n. 1243-86 e l'applicazione di diritto comune della dépendance économique*

L'atteggiamento 'rigoroso' riguardo all'applicazione dell'art. 8 n. 2 ha sortito un effetto boomerang. Negli ultimi anni si delinea, tanto sul piano normativo quanto su quello giurisprudenziale, una deriva assai più incisiva ed incontrollabile.

Sul piano normativo, essa si concretizza nella legge del 1996 sulla lealtà nelle relazioni commerciali già citata e sommariamente descritta nel precedente capitolo. L'effetto di maggior rilievo della legge sta, di là dall'abrogazione del comma dedicato al rifiuto di vendita, nel notevole potenziamento dell'art. 36 dovuto all'introduzione di tre nuove fattispecie di *référément* e *déréférément abusifs* e di una riguardante la lesione dell'impegno contrattuale derivante dalla costituzione di una rete distribuzione esclusiva o selettiva, che si aggiungono a quella, già presente, di pratiche discriminatorie.

Tale norma si colloca nel titolo IV dell'*ordonnance* n. 86-1243 dedicato alla trasparenza e all'ambigua categoria delle pratiche restrittive illecite *per se*, contrastabili esclusivamente con l'azione davanti alle giurisdizioni ordinarie, e da non confondere con le pratiche anticoncorrenziali connesse alla restrizione del gioco della concorrenza di cui all'art. 7.

Il volto assunto dall'art. 36 è, insomma, quello di una sorta di disciplina della concorrenza sleale, che però opera sul piano verticale anziché orizzontale²¹⁷.

La potenziale sclerotizzazione delle relazioni commerciali - che potrebbe derivare soprattutto dall'applicazione estensiva della parte riguardante la rottura o la minaccia di brutale rottura, totale o parziale, delle relazioni commerciali - di questo strumento giuridico deriva dalla cancellazione del presupposto della dipendenza economica (ovvero, dell'unico fondamento economicisticamente plausibile della disparità di potere contrattuale tra imprese). Infatti, gli abusi elencati nell'art. 36 sono appunto censurabili *per se*, cioè senza bisogno di provare lo stato di dipendenza economica della parte che subisce gli abusi stessi.

D'altra parte, la valutazione dei presupposti di diritto comune al risarcimento del danno derivante dalla violazione dell'art. 36, ovvero la prova di una *faute*, del pregiudizio e del nesso di causalità, non sembrano essere oggetto di un'interpretazione rigorosa²¹⁸. Occorre, inoltre, non trascurare il fatto che l'art. 36 è

²¹⁷ Per una illustrazione dei meccanismi contemplati dall'art. 36 dell'*ordonnance* n. 86-1243 v. CAS G., BOUT R. e PRIETO C., *Lamy droit économique. Concurrence-Distribution-Consommation*, cit., n. 1050, p. 379 ss., n. 1093, p. 393 ss., n. 1111 p. 398; per una rassegna della dottrina v. AA.VV., *Megacode. Code de Commerce*, cit., 781 ss..

²¹⁸ In un caso riguardante l'applicazione dell'art. 36-1 la cassazione si è però mostrata poco esigente nella valutazione della sussistenza dell'elemento della colpevolezza, rilevando che le disposizioni di questa norma non impongono che il fornitore provi che l'acquirente abbia esercitato nei suoi riguardi mezzi anomali di pressione per ottenere condizioni di vendita discriminatorie, ma basta comparare i prezzi ottenuti dal distributore convenuto a quelli domandati dal fornitore ad altri clienti per concludere nel senso della discriminazione (cfr.

assistito anche dalla possibilità di chiedere la cessazione ed ogni altra misura provvisoria al presidente della giurisdizione adita.

Per altro verso ancora, la legittimazione appare più aperta rispetto ad una normale azione di responsabilità civile (come si è rilevato nel precedente capitolo, essa infatti è estesa al ministro dell'economia, al pubblico ministero e, se pur *incidenter tantum*, al Consiglio della concorrenza). Evidentemente, ciò dipende dall'implicita considerazione della reticenza ad agire da parte delle imprese naturali destinatarie della norma, le quali aspirano o necessitano di una prosecuzione delle relazioni. In altre parole, sembra che il legislatore abbia voluto evitare che l'art. 36 rispondesse solo ad una logica vendicativa *ex post*: agire in giudizio solo quando (oramai) non c'è niente da perdere. Sennonché, l'espansione della legittimazione non solo sottovaluta l'effetto del segnale deterrente lanciato agli altri operatori del mercato dalla decisione che dia ingresso all'istanza di tutela avanzata 'autonomamente', ma soprattutto trascura il fatto che l'art. 36 è sganciato dal presupposto della dipendenza economica, evocando lo spettro di un utilizzo strategico - da parte di imprese men che bisognose di tutela giuridica - delle azioni fondate su pratiche restrittive *per se*.

Quest'ultima osservazione offre il destro per passare al piano giurisprudenziale della deriva interventista. Nell'ambito di un

Cass. com. 27 gennaio 1998, *D. aff.*, 617). Sulla valutazione della sussistenza del pregiudizio e del nesso di causalità v. CAS G., BOUT R. e PRIETO C., *Lamy droit économique. Concurrence-Distribution-Consommation*, cit., n. 1115, p. 399.

bilancio provvisorio dell'applicazione dell'art. 36, non sembra che la sinergia tra legittimazione allargata a soggetti pubblici, presente fin 1986, e la recente inserzione di nuove pratiche restrittive abbiano dato la stura ad una crociata giurisprudenziale per la lealtà nelle relazioni commerciali, materializzando lo spettro di cui si è detto. Diverso forse sarebbe stato se la legittimazione fosse stata estesa alle associazioni di categorie delle imprese.

Piuttosto, v'è da rilevare che il *maquillage* delle pratiche restrittive si innesta su una sempre più marcata tendenza delle giurisdizioni civili ad utilizzare l'*abus de droit*²¹⁹, ed altri strumenti di diritto comune per intervenire nelle relazioni contrattuali tra imprese. E' in questo clima, trionfalmente registrato da Virassamy²²⁰, che si spiega l'episodico richiamo alla *dépendance économique* utilizzata - senza riferimenti alla mancanza alternative praticabili sul mercato - quale puntello all'accertamento di un abuso del diritto (contrattuale)²²¹. Ma così utilizzata la categoria perde il proprio *rationale* economicistico - che richiede un controllo del potere e della dipendenza di là dal contratto, ovvero un monitoraggio dell'intera relazione, delle condizioni delle due imprese e del mercato - e si presta ad interpretazioni non

²¹⁹ Per un quadro sintetico ed aggiornato sulle attuali prospettive di applicazione dell'abuso del diritto al diritto dei contratti francese v. AA. VV., *L'abus de droit dans les contrats*, JCP éd. E., 1998, suppl. n. 3, 1 ss..

²²⁰ V. VIRASSAMY G., *Les relations entre professionnels en droit français*, in AA. VV., *La protection de la partie faible dans le rapports contractuelles*, Paris, 1996, 479 ss..

²²¹ Per alcuni riferimenti e rilievi critici v. PASQUI G., *L'abus de dépendance économique*, in *Rev. conc. consom.*, 1993, 10-11.

omogenee. La deformazione della logica economicistica è evidente nei tentativi di collegare la dipendenza economica all'abuso del diritto nella determinazione del prezzo²²², e all'abuso del diritto per cessazione brutale del contratto²²³.

Recentemente, nell'ordinamento francese si sono affacciati i primi timidi tentativi di studiare - con particolare riguardo al problema del controllo dell'abuso di potere contrattuale - il rapporto (e la scelta) tra diritto antitrust e diritto dei contratti²²⁴, ma senza un cospicuo apporto dell'analisi economica (delle alternative istituzionali) sembra difficile che una riflessione approfondita su questa complessa materia possa vedere la luce. Eppure, l'esigenza di una tale riflessione dovrebbe risultare evidente rispetto ad un sistema che, pur puntando schiettamente nella struttura legislativa portante della tutela del mercato su un intreccio tra logiche antitrust e privatistica, non sempre viene messo in opera in base ad un'organica e coerente visione d'insieme.

²²² Cfr. REVET T., *Les apports au droit des relations de dépendance*, in AA. VV., *La détermination du prix: nouveaux enjeux un an après les arrêts de l'Assemblée plénière*, in *RTD com.*, 1997, 37 ss..

²²³ Cfr. VIRASSAMY G., *Les relations entre professionnels en droit français*, in AA. VV., *La protection de la partie faible dans le rapports contractuelles*, 505 ss.; sulla qualificazione in termini di *abus de droit* della cessazione brutale di una relazione di *fourniture* v., fra le altre, *Cass. com.*, 28 febbraio 1995, *Bull. civ.*, IV, n. 63.

²²⁴ MAINGUY D., *L'abus de droit dans les contrats soumis au droit de la concurrence*, in AA. VV., *L'abus de droit dans les contrats*, cit., 23; alcuni spunti si leggono anche in FAGES B. e MESTRE J., *L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat*, in AA. VV., *Droit du marché et droit commun des obligations*, *RTD com.*, 1998, 1, 71.

Una complicazione in più è poi rappresentata dall'usuale attivismo del legislatore francese che oggi è, all'insegna della modernizzazione del diritto della concorrenza, di nuovo all'opera - nemmeno a dirlo - nella direzione dell'ulteriore potenziamento del controllo del potere di mercato e contrattuale²²⁵.

2. L'abuso di dipendenza economica nel diritto privato italiano e l'analisi delle relazioni di subfornitura industriale

2.1 L'abuso di dipendenza economica nel diritto privato italiano

Nel secondo capitolo si è cercato di costruire le basi per l'interpretazione della legge n. 192 del 1998, rilevando come, a dispetto delle apparenze, essa sia, grazie alla norma-cardine dell'art. 9 sull'abuso di dipendenza economica, una disciplina dell'abuso di

²²⁵ In argomento v. ARHEL P., *Le projet de modernisation du droit français de la concurrence. (Projet de loi relatif aux nouvelles régulation économiques)*, JCP, éd. E., 2000, 644, il quale riferisce che il progetto prevede, tra l'altro, l'inserimento nell'art. 36 di un 2b dedicato all'*abus de dépendance économique*, norma che, da quanto è dato di capire, si differenzerebbe dalle altre pratiche restrittive illecite *per se* per il fatto di essere una clausola generale. Lo stesso autore, peraltro, si rallegra [*sic!*] del fatto che il governo non abbia optato per l'altra soluzione proposta nel rapporto preliminare al progetto, ovvero per la cancellazione nell'art. 8, n. 2 del richiamo al presupposto della restrizione della concorrenza, perché questa avrebbe snaturato la missione del *Conseil de la concurrence*, trasformandolo da guardiano del mercato in giudice delle relazioni di imprese.

potere contrattuale nelle relazioni tra imprese, corredata da dettami dedicati alla subfornitura industriale.

Occorre ora esaminare alcune conseguenze che discendono da questa impostazione. A questo fine, ci si può avvalere, oltre che dell'analisi economica compiuta nel primo capitolo, anche dell'esame del sistema francese. Benché quest'ultimo non offra una casistica estesa a tutti i complessi profili del controllo degli abusi, né tanto meno a quelli specificatamente attinenti al campo della subfornitura, esso si rivela assai utile per la comprensione e l'interpretazione delle norme italiane.

In particolare, l'art. 9 della legge n. 192 del 1998 presenta una notevole somiglianza con l'art. 8, n. 2, tanto da far pensare che sia stato solo quest'ultimo il modello d'ispirazione e non anche il paragrafo 20 (2) del *GWB* tedesco, pur evocato dal legislatore italiano nella relazione di accompagnamento al disegno di legge che ha costituito lo scheletro della legge n. 192 del 1998.

La reale differenza - e non è questione da poco! - tra l'art. 9 della legge n. 192 del 1998 e l'art. 8, n. 2 dell'*ordonnance* n. 1243-86 sta, come già rilevato nel secondo capitolo, nel diverso settore ordinamentale di collocazione: diritto privato (per la disciplina italiana) e diritto antitrust (per quella francese).

Ma sul piano letterale le simmetrie sono evidenti. Nella norma italiana si utilizzano, come in quella francese, le espressioni «impresa» e «imprese» «clienti» o «fornitrici», si fa riferimento alla valutazione «anche [!] della reale possibilità [...] di reperire sul

mercato alternative soddisfacenti», che richiama - pur mediante una riformulazione scivolosa - l'esagonale «impossibilità di reperire soluzioni equivalenti», e si fornisce un elenco esemplificativo di tre fattispecie descritte col tono tipico delle regole di tutela della concorrenza. La stessa comminazione della nullità al terzo comma dell'art. 9 assomiglia molto all'art. 9 dell'*ordonnance* n. 1243-86, norma immediatamente successiva all'*abus de domination* dell'art. 8, che sancisce appunto la nullità delle pratiche concorrenziali individuate dall'art. 7 e appunto dall'art. 8²²⁶. La norma italiana, d'altra parte, condensa in un'espressione generica, qual è «patto», l'elencazione francese di *engagement*, *convention* o *clause contractuelle*.

Per quanto l'osservazione possa suonare di primo acchito banale, va rilevato che la somiglianza più rilevante sta proprio nell'utilizzo della categoria della dipendenza economica. Fra le tante scelte dei redattori della legge n. 192 del 1998, non certo determinate da un approfondimento teorico della materia, quella di utilizzare la dipendenza economica quale presupposto indispensabile allo strumento di controllo dell'abuso di potere contrattuale è sicuramente la più felice. Essa rappresenta, come si è cercato di dimostrare nel corso di questa trattazione, l'unica categoria in grado di rendere operativo e gestibile (nei limiti di criteri economici

²²⁶ L'art. 9 dell'*ordonnance* n. 1243-86 così recita: "Est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles 7 et 8".

plausibili) uno strumento giuridico di controllo della disparità di potere contrattuale tra imprese.

In questo, quindi, la forma di controllo prescelta dal legislatore italiano si distacca dai modelli giuridici che prescindono da uno stato di dipendenza economica come le pratiche restrittive *per se* dell'art. 36 dell'*ordonnance* n. 1243-86 e la clausola generale di riequilibrio collocata nel diritto dei contratti, verso la quale sembrano volersi da ultimo indirizzare, pur limitatamente ai termini di pagamento, gli organi comunitari.

D'altra parte, la 'fortuita' collocazione nell'ambito del diritto privato ha fatto della norma italiana un ibrido che, per profili diversi dalla dipendenza economica, richiama le logiche delle due forme di controllo degli abusi per ultimo richiamate.

Il fatto, che la norma sia attivabile solo su azione rivolta al giudice ordinario e sia assistita (apparentemente solo) da una sanzione di nullità, non deve però far dimenticare la sua (originaria) natura di strumento finalizzato a rendere effettivamente praticabili i mercati sui quali si collocano (esclusivamente) imprese. In particolare, non deve essere sopravvalutata l'intersezione col diritto dei contratti.

Intanto, la lettera dell'art. 9, nell'elenco esemplificativo di alcune tipologie di abuso, oltre a contemplare fattispecie che si collocano temporalmente al momento della formazione (imposizione di condizioni ingiustificatamente gravose o discriminatorie) ed a quello dell'esecuzione (interruzione arbitraria delle relazioni

commerciali in atto intesa nel senso di recesso) di un contratto, si riferisce inequivocabilmente anche ad altre che prescindono dall'esistenza di un rapporto negoziale (in corso). Infatti, il rifiuto di vendere (o di comprare) è proprio la negazione di un contratto, mentre l'interruzione delle relazioni contrattuali può consistere anche nel mancato rinnovo di un precedente contratto oramai terminato.

Lo stesso presupposto della dipendenza economica, poi, può essere valutato solo guardando, oltre il contratto (eventuale), alle caratteristiche delle imprese, alle condizioni di mercato e, quando essa è già stabilita, alla relazione nel suo complesso.

Se questo modo di ragionare è corretto, l'abuso di dipendenza economica è prima di tutto un illecito²²⁷.

Per una svista - non l'unica, lo si è già detto - del legislatore, il terzo comma reca solo la sanzione della nullità (del patto), utile esclusivamente quando l'illecito assuma natura contrattuale, connotandosi come violazione delle norme del diritto dei contratti ed in particolare di quelle sulla buona fede²²⁸. Ma, come si è già

²²⁷ Cfr. PARDOLESI R., *Diritto dei consumatori ed eliminazione degli squilibri: verso una riscrittura giudiziale del contenuto dei contratti*, *Disciplina del commercio*, 1999, 9, 15.

²²⁸ Il collegamento con la buona fede è suggerito da PARDOLESI R. e CASO R., *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, 712, 734, e ripreso da OSTI C., *L'abuso di dipendenza economica, Mercato concorrenza regole*, 1999, 9, 44 ss..

sostenuto in altra sede²²⁹, è ragionevole ritenere che la norma sia assistita in primo luogo da una tutela risarcitoria extracontrattuale riconducibile all'art. 2043 c.c.. Per confortare tale conclusione si può anche argomentare facendo leva sulla figura dell'abuso del diritto - ma occorre tener conto che tutt'ora i suoi margini di manovra nel nostro sistema appaiono ristretti²³⁰ - o su un'interpretazione analogica dell'art. 2600 c.c. in tema di responsabilità civile da concorrenza sleale²³¹. Di là dalla argomentazioni di conforto (e dalle loro implicazioni), è però importante ribadire che, per le fattispecie collocate fuori di un rapporto contrattuale, il riferimento all'illecito aquiliano è l'unica via per dotare la norma di un potenziale di deterrenza. D'altra parte, se la norma fosse stata inserita nella legge antitrust, avrebbe goduto, oltre che del particolare meccanismo di attivazione della

²²⁹ V. PARDOLESI R. e CASO R., *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, cit., 734.

²³⁰ In particolare, per la relativa (in)utilità della categoria dell'abuso del diritto al fine di ordinare le varie fattispecie abusive che si connettono (non solo) a contratti v. SACCO R., *L'abuso della libertà contrattuale*, in *Diritto privato 1997, III - L'abuso del diritto*, Padova, 1998, 217, il quale, nella parte dedicata al rifiuto di contrarre, contrastato da numerose norme poste sicuramente fuori del diritto dei contratti, rileva che "gli obblighi di contrarre - nascono essi da una norma puntuale, o nascono essi dagli standards resi operanti dall'art. 2043 e dai rinvii all'ordine pubblico e al buon costume -, mantengono una natura inalterata e uniforme. La natura dell'obbligo di contrarre non dipende dal carattere letterale o logico del mezzo di interpretazione sollecitato dall'interprete per potere trovare la norma"; in generale sull'abuso del diritto v., da ult., GAMBARO A., *Abuso del diritto (diritto comparato e straniero)*, in *Encicl. giur., Treccani*, Roma, 1988, vol. I; RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, rist., Bologna, 1998.

²³¹ Sui rapporti che intercorrono tra art. 2043 e concorrenza sleale v., da ultimo, MONATERI P. G., *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile* diretto da SACCO R., Torino, 589 ss., ivi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

legge n. 287 del 1990, del *private enforcement* dischiuso, a mo' di via parallela, dal risarcimento dei danni ex art. 33, comma 2²³².

In proposito, va rilevato che, sebbene il passaggio obbligato del giudizio civile e della contesa *vis à vis* con un partner cruciale (talvolta, essenziale per la stessa sopravvivenza dell'impresa) assuma i tratti dell'ultima spiaggia, e quindi riduca le probabilità di emersione di controversie sull'abuso di dipendenza economica, la pronuncia che, sulla scorta della tesi qui propugnata, dia ingresso alla richiesta risarcitoria manda segnali al mercato, i quali saranno più o meno intimidatori a seconda dei metodi di quantificazione del danno.

A quanto consta, non si registrano ancora pronunce sull'abuso di dipendenza economica, ma per avventurarsi in previsioni è davvero troppo presto, soprattutto se si considera la dilatazione dei tempi sui quali viaggia la giustizia italiana.

²³² Così già PARDOLESI R. e CASO R., *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, 735; sul risarcimento del danno da violazione da antitrust v. TOFFOLETTO A., *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Giuffrè, Milano, 1996; per i primi commenti all'art. 33 v. PASCUZZI G., *Il 1° comma dell'art. 33*, NIVARRA L., *Il 2° comma dell'art.33. La tutela civile: profili sostanziali*, MASSA G., *La tutela civile: profili processuali*, in AA. VV., *Diritto antitrust italiano*, FRIGNANI A., PARDOLESI R., PATRONI GRIFFI A., UBERTAZZI L. C. curr., Tomo II, Bologna, 1993, 1437 ss.; sul caso Telsystem, in tema di risarcimento del danno da abuso di posizione dominante (App. Milano 24 dicembre 1996, in *Foro it.*, 1996, I, 276, con osservazioni di BARONE A., *Danni da abuso di posizione dominante e*

2.2 La dipendenza economica come presupposto del divieto d'abuso

Nel primo comma si definiscono i presupposti per l'applicazione della norma.

Oltre al riscontro di un abuso, il giudice di turno dovrà valutare se l'impresa, che chiede tutela, versi in uno stato di dipendenza economica. Per l'individuazione di tale stato il legislatore fornisce un criterio che guarda ad entrambe le imprese in relazione.

Da una parte, un'impresa deve appunto versare in uno stato di dipendenza economica.

Dall'altra, l'impresa partner deve essere in grado di determinare un eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi.

Il riferimento alla capacità potenziale [!] di riflettere il proprio potere nel contratto, determinando un eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi dovrebbe essere letto come mero indice di conferma della situazione di dipendenza. Un indice che forse è stato (erroneamente) avvertito come necessario - nel suo riferimento al contratto - quando la norma ha assunto un volto privatistico (di qui l'assonanza con le formule adoperate nella disciplina delle clausole abusive con i contratti con consumatori, ovvero nell'art. 1469-bis

giurisdizione ordinaria), v. OSTI C., *Abuso di posizione dominante e danno risarcibile*, *Danno e resp.*, 1996, 105; BASTIANON S., *Danno e resp.*, 1997, 602.

c.c., e nel paragrafo 3.10 dei *Principles of International Commercial Contract* dell'UNIDROIT)²³³.

Ma come si è avuto modo di sottolineare, la norma contempla anche condotte che prescindono dall'esistenza di un contratto, e, per quel che più conta, il *rationale* della categoria della dipendenza economica sta proprio nel rovesciamento della classica prospettiva di valutazione del potere di mercato.

Quindi, è soprattutto guardando allo stato di dipendenza economica che si deve fondare il giudizio sul primo presupposto di applicabilità della norma.

La dipendenza economica è un concetto elastico ma non indeterminato. E' vero che il parametro della mancanza di alternative nella lettera della norma non sembra posto in primo piano: "la dipendenza economica è valutata tenendo conto anche [!] della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti". Ma è altresì vero che l'analisi economica identifica inequivocabilmente il cuore della dipendenza proprio nella mancanza di alternative praticabili.

²³³ Sulla categoria dell'eccessivo squilibrio nella disciplina delle clausole vessatorie nei contratti con i consumatori, v., fra i tanti, TROIANO S., *Significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto*, in AA. VV. *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, ALPA G. e PATTI S., Tomo I, Milano, 1997, 3; sul 3.10 dei principi UNIDROIT v. PONTIROLI L., *La protezione del "contraente debole" nei Principles of International Commercial Contract di UNIDROIT: much ado about nothing*, in *Giur. comm.*, 1997, I, 566; TIMOTEO M., *Nuove regole in materia di squilibrio contrattuale: l'art.3.10 dei Principi UNIDROIT*, in *Contratto e impresa Europa*, 141 ss.; nonché VOLPE F., *I Principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale (Gross disparity)*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, 40 ss..

Se, perciò, non si vuole conferire un significato tautologico alla frase, essa va interpretata nel senso che il giudice deve tener conto, oltre che della mancanza di alternative economicamente praticabili, «anche» di altri criteri che la corroborano. Questi ultimi sono individuati dall'analisi economica ed in parte collaudati dall'esperienza applicativa dei modelli di ispirazione.

I criteri in parola consistono principalmente:

- 1) nell'importanza in termini di fatturato che l'impresa potenzialmente dominante riveste per l'impresa potenzialmente dipendente;
- 2) nell'asimmetria degli investimenti specifici, che incide in maniera determinante sull'onerosità dell'alternativa ovvero sulla sua praticabilità;
- 3) nell'asimmetria dell'informazione (non solo) tecnologica;
- 4) nell'asimmetria dimensionale;
- 5) nella durata e nella frequenza dei contratti che compongono della relazione contrattuale.

Non sembra, invece, che trovi conforto nell'analisi economica il criterio giuridico che pretende di verificare se può essere razionale e meritevole di tutela la condotta (volontaria) dell'impresa che ha determinato (o ha contribuito a determinare) la situazione di dipendenza economica.

Come si è già rilevato nel primo capitolo, a proposito delle relazioni di subfornitura industriale, la dipendenza economica alligna non solo nell'incrocio tra incompletezza contrattuale,

opportunismo e investimenti specifici, ma anche nel rapporto tra profilo tecnologico-dimensionale conferito originariamente all'impresa (dipendente) e caratteristiche del mercato. Non è, perciò, pensabile che il giudice debba effettuare una retrospettiva storica sulla strategia contrattuale e di impresa, giungendo, per assurdo, a valutare la stessa scelta - peraltro, soggetta per lo meno a vincoli economici - dell'iniziativa imprenditoriale. Il limitato rilievo che forse si può conservare al criterio in discussione attiene alla possibilità del giudice di valutare, nelle fattispecie di interruzione della relazione, se la misura degli investimenti effettuati dalla parte che chiede tutela - ed in particolare il risarcimento del danno - sia (evidentemente) sproporzionata rispetto alla funzione economica della stessa relazione.

Del resto, non sembrano esistere modelli economici (matematici) per dire univocamente quando una soluzione è equivalente (o meglio, un'alternativa è praticabile). I costi in termini di perdita degli investimenti idiosincratici o di tempo necessario per lo spostamento (che rientrano nella più ampia categoria degli *switching costs*) sono indubbiamente la bussola, ma la soglia della loro impraticabilità è una decisione politica, così come lo è quella che determina l'importanza della quota di fatturato realizzata con l'impresa potenzialmente dominante.